



**HAL**  
open science

# Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale

Nicolas Ochoa

► **To cite this version:**

Nicolas Ochoa. Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale. Droit. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014. Français. NNT : . tel-01340600

**HAL Id: tel-01340600**

**<https://theses.hal.science/tel-01340600>**

Submitted on 1 Jul 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITE PARIS I - PANTHEON-SORBONNE**

**LE DROIT DES DONNEES PERSONNELLES, UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE**

Thèse pour le doctorat en droit  
(Arrêté ministériel du 7 août 2006)

présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2014

par

**Nicolas OCHOA**

**Directrice de recherches :** **Madame Catherine TEITGEN-COLLY**  
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Membres du jury :** **Monsieur Jacques CHEVALLIER**  
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Monsieur Patrice CHRETIEN**  
Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

**Monsieur Emmanuel DECAUX**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Monsieur Etienne PICARD**  
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

## Avertissement au lecteur

- 1) Cette thèse est l'œuvre de ma vie. Elle est à jour au 17 novembre 2014 et n'a pas été réactualisée depuis. J'y ai consacré huit années de doutes, d'efforts, de réflexion et de lectures. J'ai pris beaucoup de plaisir à l'écrire et j'espère que sa lecture saura vous être utile, voire plaisante. Je tiens toutefois à préciser que les idées énoncées dans le présent travail sont considérées dans le monde universitaire comme particulièrement polémiques.

A cet égard, la soutenance de cette thèse s'est apparentée à une bataille rangée entre une moitié du jury s'élevant farouchement contre ces idées, une autre partie les faisant totalement siennes et les défendant non moins farouchement.

Les idées exprimées dans cette thèse ne l'ont été que dans l'optique de faire progresser la compréhension d'un droit peu connu, le droit des données personnelles. Elles n'ont pas eu en soi pour objet de susciter la polémique.

- 2) En dépit du caractère controversé de cette thèse, ce seul travail a valu à son auteur une qualification immédiate aux fonctions de maître de conférences en droit public, en 2015. Pour mémoire, un tel honneur n'est fait qu'à 25% des thèses présentées chaque année au CNU dans cette section.

Le message subliminal associé à cette information est donc que ce n'est pas parce que je pense en dehors des clous que mon travail n'est pas pertinent. Si mes idées dérangent autant, c'est peut être qu'il existe une raison objective... A vous de vous faire votre idée sur la question.

- 3) Certaines parties de la thèse sont inaccessibles dans cette version publique car j'en ai publié certains éléments dans les revues et articles suivants :
  - « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *Revue Française de Droit Administratif*, 2015, n° 6, p. 1157.
  - « Précisions sur l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 », *Les Petites Affiches*, 7 septembre 2015, n° 178, p. 7.

Je peux toutefois, sur demande directe à mon adresse mail (« ochoaandco [at]yahoo.fr ») vous adresser à titre individuel et pour votre usage privé une copie complète de mon travail.

Enfin, si la lecture de ce travail a suscité en vous des questions ou l'envie d'échanger, c'est avec plaisir que je vous répondrai à l'adresse mail indiquée ci-dessus.

# SOMMAIRE

*Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage*

Introduction.....	11
Première partie.....	73
LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES, OBJET D'UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE.....	73
Titre 1.....	75
LES FONDEMENTS DE LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES.....	75
Chapitre 1 – Une exigence institutionnelle.....	79
Chapitre 2 – Le principe de libre-circulation de l'information.....	149
Titre 2.....	199
LE REGIME DE LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES.....	199
Chapitre 1 – Une liberté difficilement consacrée.....	201
Chapitre 2 – L'aménagement de la liberté de traitement des données personnelles.....	227
Deuxième partie.....	401
LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES, FONDEMENT D'UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE.....	401
Titre 1.....	403
LA PRESERVATION D'UNE SOCIETE DEMOCRATIQUE.....	403
Chapitre 1 – L'assimilation de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée.....	405
Chapitre 2 – La non-réductibilité de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée.....	465
Titre 2.....	503
LE DEVELOPPEMENT D'UN ORDRE LIBERAL.....	503
Chapitre 1 – La portée relative du droit fondamental à la protection des données personnelles.....	505
Chapitre 2 – La protection des données personnelles, condition de la sécurité juridique de la liberté de traitement.....	583
Conclusion générale .....	643
Bibliographie.....	647
Index.....	737
Table des matières.....	743



## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier ma directrice de thèse, Mme le professeur Catherine Teitgen-Colly, pour son aide et son soutien dans la réalisation de ce travail. Sans son implication, sa rigueur, son énergie et ses encouragements, cette thèse n'aurait pu aboutir. Qu'elle trouve dans ces quelques lignes l'expression, bien imparfaite et bien trop sobre, de la gratitude et du respect que je lui porte.

Je tiens naturellement à remercier mes collègues et amis de l'IRDP à Nantes, sans qui la rédaction de cette thèse aurait constitué un exercice considérablement moins épanouissant, et dont le soutien constant et l'amitié m'ont été et me sont toujours particulièrement précieux.

Enfin, les mots me manquent pour remercier à sa juste mesure mon ex-femme, Claudia Varin. Elle seule a cru en moi du début à la fin. Elle m'a fait grandir et a su m'accompagner dans les moments les plus difficiles de ce travail solitaire, avec une constance et une ténacité surhumaine. C'est une personne remarquable en tous points et, si je n'avais du remercier qu'une seule personne, ce serait elle.



## Liste des principales abréviations

AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	affaire (s)
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AJ pén.	Actualité juridique, pénal
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Crim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Cass.	Cour de cassation
CCE	Revue communication et commerce électronique
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CIJ	Cour internationale de justice
Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COB	Commission des opérations de bourse
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
Com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Comm. EDH	Commission européenne des Droits de l'Homme
CCE	Communication Commerce Électronique
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Coord.	Coordonné par
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
CRISTINA	Centralisation du renseignement intérieur pour la sécurité du territoire et les intérêts nationaux
DA	Droit administratif

DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DIE	Droit international économique
dir.	Sous la direction de
Dr. Pén.	Droit pénal
DS	Droit social
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
EDVIGE	Exploitation documentaire et valorisation de l'information générale
ELSJ	Espace de Liberté, de Sécurité et Justice
EURODAC	contraction des termes « Europe » et « dactyloscopique » désignant une base de donnée européenne consacrée aux empreintes digitales
EUROJUST	Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne
EUROPOL	Office européen de police
Fasc.	Fascicule
FIDE	Fichier d'identification des dossiers d'enquêtes douanières
FNAEG	Fichier national automatisé des empreintes génétiques
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GATS	General agreement on trade and services (Accord général sur le commerce des services)
GATT	General agreement on tariffs and trade (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IDA	Interchange of datas between administrations
IDABC	Interoperable delivery of pan-european eGovernment services to public administrations, business and citizens
INTERPOL	International Police (Organisation internationale de police criminelle)
Jcl Dr. Int.	Jurisclasseur droit international
JCP	La Semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition générale
JCP A	La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales
JCP E.	La Semaine juridique, édition entreprise
JDI	Journal du droit international (Clunet), « Journal du droit international privé » jusqu'en 1914
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA	Les petites affiches
n.	note
NIR	Numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques
NSA	National security agency
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMC	Organisation mondiale du commerce
<i>op. cit.</i>	Dans l'ouvrage cité
p.	page
PMP	Politiques et management public
Préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUL	Presses universitaires de Lyon
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
RA	Revue administrative
RAE	Revue des affaires européennes
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé (« Revue de droit international privé et de droit pénal international » jusqu'en 1921 ; « Revue de droit international privé » jusqu'en 1933 ; « Revue critique de droit international » jusqu'en 1946)
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil
Rec. Dalloz	Recueil Dalloz
Rééd.	Réédition
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFFP	Revue française de finances publiques
RFID	Radio Frequency Identification (identification par radiofréquence)
RGDIP	Revue générale de droit international public
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RNIS	Réseau numérique avec intégration de service
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal

	comparé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RILS	Revue internationale de législation sanitaire
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
SAFARI	
SID	Système d'information douanier
SIMI	Système d'information du marché intérieur
SIS	Système d'information Schengen
Soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
SPS	Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires
STIC	Système de traitement des infractions constatées
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
t.	tome
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TUE	Traité sur l'Union européenne
UIT	Union Internationale des télécommunications
VIS	Système d'information sur les visas
Vol.	volume

## Introduction

« Les matières de police sont des choses de chaque instant, et où il ne s'agit ordinairement que de peu »<sup>1</sup>.

Le droit des données personnelles cristallise des enjeux importants et ambivalents, qui trouvent à s'illustrer dans des questions concrètes et d'actualité, tant sur le plan interne qu'international. Ces illustrations ne sont pas aussi récentes qu'on pourrait le croire. En effet, il est souvent rappelé, pour justifier de l'adoption de la loi du 6 janvier 1978, le projet SAFARI. Mais il faut remonter bien avant, à l'affaire des fiches et à la traque des juifs par l'occupant nazi. Ces questions se prolongent aujourd'hui, dans l'ordre interne, par la constitution par le gouvernement français de fichiers dont la mise en œuvre a pu prêter à controverse comme les fichiers FNAEG, EDVIGE, ELOI ou CRISTINA, et, plus banalement, par le développement apparemment sans frein de la vidéosurveillance. Ces controverses dans l'ordre interne trouvent un certain pendant dans l'ordre européen, avec des systèmes de traitements de données plus spécifiques comme EURODAC, EUROPOL ou EUROJUST. Enfin, l'enjeu politique de cette question trouve, au plan international, un écho particulièrement fort dans le cadre des relations euro-américaines, régulièrement émaillées de scandales liées à la captation autoritaire et/ou non dite de données personnelles de citoyens européens par les États-Unis, comme dans le cas de l'affaire des PNR (*Passenger Name Record*), de la surveillance américaine du réseau interbancaire SWIFT, ou plus récemment, du fait des révélations d'Edward Snowden, de l'affaire PRISM. En ce qui concerne toujours ces relations euro-américaines, la question du degré de protection des données personnelles constitue d'ailleurs une des raisons conduisant à la difficulté de l'établissement du traité d'union transatlantique dit TAFTA.

Cette importance politique est d'autant plus sensible dans le contexte actuel qui voit, d'un côté, le développement sans limite de la capacité de traiter des données personnelles en toujours plus grand nombre (*Big Data*) et/ou relatives à un degré d'intimité sans cesse croissant et, de l'autre, un affaiblissement de l'État dans le traitement de cette question.

Cette tendance à l'accroissement quantitatif et qualitatif des possibilités techniques de traitement des données personnelles a atteint un seuil critique en terme d'intensité de fichage, qui explique le choix du Conseil d'État de consacrer en 2014 son rapport annuel à cette question<sup>2</sup>. Cet accroissement quantitatif s'explique essentiellement du fait des progrès de l'informatique, passés des TIC (Technologies de l'Information et de la Communication) aux NTIC (Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication). Cet accroissement qualitatif résulte de ce que des données de plus en plus intimes peuvent faire l'objet de tels traitements, dans le cadre des NBIC (Nanotechnologies, Biotechnologies, Informatique et sciences Cognitives). A cet égard, les progrès constant de la biométrie permettent une intrusivité croissante hier dans les corps des individus, et aujourd'hui aux portes de la psyché (scanner IRM).

Cet accroissement de la fréquence des traitements de données personnelles est arrivé à un stade où le traitement est devenu le principe nécessaire à la réalisation technique de tâches de plus en plus banales au quotidien. En effet, à titre d'exemple, l'utilisation d'Internet implique nécessairement qu'il y ait échange et traitement de données personnelles non à l'initiative d'une

1 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, réed. GF Flammarion, 1979, 5<sup>ème</sup> partie, livre 26, chapitre 24, p.201.

2 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014.

personne physique ou morale, mais par principe, en ce qu'une telle opération est nécessairement impliquée par la bonne marche technique du service<sup>3</sup>. Il en va ainsi notamment des moteurs de recherche<sup>4</sup>, de l'adresse IP (*Internet Protocol*) des ordinateurs<sup>5</sup>, des *cookies*<sup>6</sup> et des fichiers *logs*<sup>7</sup>. Dans ce cadre précis, les exigences strictement techniques aboutissent à établir par principe des traitements de données personnelles plus ou moins visibles par l'internaute pour toute opération effectuée sur internet. Une telle opération sur ce réseau se trouve ainsi faire l'objet de traces identifiantes, procédé qui n'existerait dans le monde physique que dans une société particulièrement totalitaire<sup>8</sup>. La prochaine étape technologique de diffusion d'outils miniaturisés informatisés de traitement et de communication de données jusque dans notre quotidien, connue comme l'« internet des objets »<sup>9</sup>, ne va faire qu'amplifier cette tendance en étendant ce qui existe aujourd'hui dans la sphère du virtuel à la sphère du réel. Un auteur, ex-membre de la CNIL en conclut que « c'est en ce sens que le traitement de données à caractère personnel est inéluctable, car celui qui prétendrait s'y soustraire se placerait en dehors de la vie sociale telle qu'elle est aujourd'hui organisée »<sup>10</sup>. Or, ces progrès technologiques augmentent notablement les risques d'atteintes aux droits et libertés fondamentales de la personne humaine, non pas de manière ponctuelle et accidentelle, mais par principe. En effet, de tels risques sont inhérents à l'usage de telles technologies, qui pourtant innervent notre quotidien, dans ses aspects les plus triviaux. Dans ce contexte, la question se pose alors du caractère illusoire ou, à tout le moins, dérisoire de l'efficacité des instruments relatifs aux données personnelles pour protéger les droits et libertés fondamentaux de la personne fichée.

Au delà, un tel contexte pose la question de l'impuissance de l'État, territorialement situé, à encadrer des phénomènes relevant de l'initiative d'acteurs privés globaux. Pour certains, le cyberspace constituerait par nature une zone de non droit, par nature donc rétive à une

- 3 LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, pp. 14-15: « L'internet a mis en avant le problème majeur de la « traçabilité »: toute connexion pour obtenir un quelconque service, toute consultation d'un site laissent des traces électroniques. Celles-ci sont dans l'ordinateur de l'internaute, identifié par une adresse IP (*Internet Protocol*), stable ou dynamique du fournisseur d'accès, du serveur, du gestionnaire de l'infrastructure-réseau. Collectées, rassemblées, traitées, diffusées, elles « parlent » de l'internaute qui devient transparent, elles diminuent ou suppriment la confidentialité des échanges. L'internaute est un moderne Petit Poucet qui laisse derrière lui volontairement et involontairement des « données-traces » que d'autres se chargent de collecter, d'interpréter, d'utiliser, de diffuser ».
- 4 LAMY *Droit du numérique*, Lamy, 2012, p. 1978 : « Système d'exploitation de banque de données et, par extension, serveur spécialisé permettant d'accéder sur la toile à des ressources (pages, sites, etc.) à partir de mots clés ».
- 5 Une adresse IP est un numéro d'identification attribué de manière permanente ou provisoire à chaque appareil connecté à un réseau informatique utilisant l'*Internet Protocol*.
- 6 CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet*, Montchrestien, 2010, pp. 97-99.
- 7 Wikipedia : « En informatique, le concept d'historique des événements ou de *logging* désigne l'enregistrement séquentiel dans un fichier ou une base de données de tous les événements affectant un processus particulier (application, activité d'un réseau informatique...). Le journal (en anglais *log file* ou plus simplement *log*), désigne alors le fichier contenant ces enregistrements. Généralement datés et classés par ordre chronologique, ces derniers permettent d'analyser pas à pas l'activité internet du processus et ses interactions avec son environnement ».
- 8 LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 16: « mais consulter des sites pornographiques du Web relève aussi de la liberté personnelle, de la vie privée: on ne demande pas la carte d'identité à l'acheteur d'une revue « X » en kiosque. Cependant le fournisseur d'accès possède cette information personnelle ».
- 9 Et ce notamment par les technologies de la RFID (Radio Frequency Identification, en français « identification par radiofréquence ») dans un premier temps, des nanotechnologies dans un second.
- 10 DESGENS-PASANAU Guillaume, « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », in GIROT Jean-Luc (dir.), *Le harcèlement numérique*, Dalloz, 2005, p. 97.

hétérorégulation juridique et étatique. Ces considérations, théoriques, trouvent des prolongements pratiques dans les différents incidents qui, depuis la généralisation de l'usage d'internet, mettent aux prises la France avec certains acteurs privés globaux comme *Yahoo*, *Facebook* ou *Google*. Plus concrètement et, au jour le jour, cette impuissance étatique se traduit par celle des autorités ayant vocation à régir certains aspects du cyberspace comme la CNIL, le CSA ou la HADOPI.

Enfin, cette question de l'impuissance de l'État à régir les traitements de données personnelles en provenance de l'étranger ne peut être envisagée seulement par rapport aux seuls acteurs économiques privés, mais doit l'être également au regard des prétentions de certains États tiers à réglementer les traitements de données personnelles ou à en imposer certains sur le territoire français et européen. En effet, au moment de la rédaction de ces lignes, la question de la réglementation des données personnelles constitue un objet de discordance et un enjeu de pouvoir très net entre les États-Unis d'Amérique d'une part, l'UE et ses États membres d'autre part sur au moins trois questions majeures : l'établissement d'un traité transatlantique de libre échange, la lutte contre le terrorisme, le respect par de puissantes entreprises américaines comme *Google* ou *Facebook* de la réglementation européenne<sup>11</sup>. Sous une forme plus feutrée, cette opposition politique et économique se prolonge sur le terrain juridique, rarement au contentieux<sup>12</sup>, mais de manière particulièrement développée sur le plan doctrinal. Deux conceptions antinomiques s'affrontent alors : celle française et européenne qui impose une réglementation étatique contraignante et pour partie *a priori* à l'égard de l'ensemble des traitements de données personnelles, contre celle américaine, où les instruments en la matière sont sectoriels et où le recours au juge et à l'autorégulation sont dominants.

Pourtant, malgré cette importance indéniable, il n'existe à ce jour aucune d'étude d'ensemble permettant de saisir, par des concepts proprement juridiques, l'intégralité du droit des données personnelles. La raison tient à la difficulté d'en saisir l'objet et les enjeux (Section 1). Le recours à la notion de police administrative spéciale permet de les élucider (Section 2).

11 Ces trois points de discordance font l'objet d'analyses *infra*, pour l'essentiel dans le dernier chapitre de chacune des deux parties. La profondeur du désaccord existant entre l'UE et les États-Unis, réelle depuis le milieu des années 1990 en matière de traitements de données personnelles, a toutefois atteint un pic inégalé à la suite des révélations faites par Edward Snowden sur les écoutes de la NSA. Sur cette question, voir la Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures (2013/2188(INI)), conclusions générales, 4, où le Parlement européen « souligne que la confiance a été profondément mise à mal, à savoir la confiance entre les deux partenaires transatlantiques, la confiance entre les citoyens et leurs gouvernements, la confiance dans le fonctionnement des institutions démocratiques des deux côtés de l'Atlantique, la confiance à l'égard du respect de l'état de droit et la confiance dans la sécurité des services et des communications informatiques; pense que pour restaurer la confiance à tous ces égards, il est indispensable d'adopter un plan d'intervention immédiat et global prévoyant un ensemble de mesures soumises au contrôle des citoyens ».

12 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 2, section 2.

## Section 1 – Le droit des données personnelles : un objet flou et des enjeux ambivalents

L'ambivalence de ses enjeux (§2), encore récemment soulignée par le Conseil d'État dans son rapport<sup>13</sup>, tient à la polyvalence de son objet, la réglementation de l'activité informatique (§1).

### §1 – La réglementation de l'activité informatique, objet du droit des données personnelles

L'expression de « droit des données personnelles » n'est pas la plus employée en droit positif ni par les auteurs s'intéressant au sujet. Si le premier fait état le plus souvent des formules moins ramassées et moins explicites, les seconds usent plus volontiers de l'expression de « droit de la protection des données personnelles » ou de « droit à la protection des données personnelles ». Or, le choix de la dénomination employée constitue déjà une prise de position signifiante sur l'ensemble de cette matière (A), définissant son objet comme étant la réglementation de l'activité informatique (B).

#### A/ Le sens de l'expression « droit des données personnelles »

Il est possible de distinguer trois dénominations générales du droit des données personnelles. La dénomination de « *privacy* » est essentiellement utilisée par les pays de culture anglo-saxonne hors UE, et implique une orientation particulière vers la protection de la vie privée. La seconde, plus rare, est réservée aux pays hispanophones et lusophones hors UE qui désignent le droit des données personnelles comme l'« *habeas data* »<sup>14</sup>. Ces deux premières expressions sont porteuses en elles-mêmes d'une connotation très forte, susceptible dès ce stade d'influer sur la détermination des enjeux de cette branche du droit<sup>15</sup>. *A contrario*, les dénominations de « droit des données personnelles » ou « droit de la protection des données personnelles », essentiellement utilisées par les pays membres de l'UE, présentent un caractère descriptif et neutre, qui justifie leur emploi prédominant dans le cadre d'une étude se proposant d'observer les règles applicables en la matière sur le territoire français.

Si les dénominations de « droit des données personnelles » et de « droit de la protection des données personnelles » ont été retenues à raison de leur neutralité au regard des appellations d'usage courant dans des États tiers à l'UE, ce choix doit être encore affiné : seule sera employée l'expression de « droit des données personnelles » à raison de son caractère englobant, au regard des prérogatives juridiques qu'il permet de désigner. En effet, le recours à cette expression permet d'inclure dans l'analyse l'ensemble des dispositions encadrant les traitements de données personnelles, qui contiennent aussi bien des éléments de droit objectif que des droits subjectifs. Ce choix permet d'éviter l'ambivalence des expressions de « droit de la protection des données

13 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014.

14 Cette expression est d'ailleurs employée dans un ouvrage récent en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales : voir HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, précité, pp. 490 et ss.

15 Sur la connotation de ces expressions, voir *infra*, deuxième partie, titre 1.

personnelles », qui ne permet de désigner au sein du droit des données personnelles que les seules dispositions protégeant la personne fichée, et de « droit à la protection des données personnelles »<sup>16</sup>, qui renvoie à un droit subjectif consacré au demeurant comme un droit fondamental par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>17</sup>. Le droit des données personnelles englobe donc le droit de la protection des données personnelles, qui est lui même plus vaste que l'expression de droit à la protection des données personnelles.

Dans le cadre de cette acception, le droit des données personnelles régit l'activité de traitement de données à caractère personnel. Cette activité, bien que concernant un certain nombre de tiers, oppose deux protagonistes essentiels : l'auteur d'un traitement de données personnelles et la personne fichée, dont les données font l'objet du traitement. Les expressions « données à caractère personnel » et « données personnelles » étant synonymes, l'emploi de l'expression de données personnelles sera préféré, pour des raisons de commodité, à celui de données à caractère personnel.

La loi du 6 janvier 1978 définit une donnée personnelle comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne »<sup>18</sup>. La notion de traitement de données renvoie à « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction »<sup>19</sup>. Constitue un fichier de données à caractère personnel « tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés »<sup>20</sup>.

Derrière l'expression de « droit des données personnelles », se cache, pour le seul droit

16 Voir notamment, pour l'emploi d'une telle expression: CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Le droit à la protection des données à caractère personnel : un droit fondamental du XXI<sup>ème</sup> siècle ? » in FERRAND Jérôme et PETIT Hugues (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme - L'Odyssée des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, tome III, p. 79.

17 Le choix opéré est ainsi identique à celui établi à l'égard du droit de l'asile, dans un traité relatif à cette question ; voir à cet égard ALLAND Denis et TEITGEN-COLLY Catherine, *Traité du droit de l'asile*, PUF, 2002. Les auteurs justifient ainsi le choix de retenir l'expression « droit de l'asile » : « Droit de l'asile est une expression large et neutre à la fois. Il ne s'agit pas ici de s'en tenir aux seules questions territoriales que suscite l'examen du « droit de l'asile » strictement entendu ; comme on le verra, sont intégrées les questions de la définition des réfugiés et de leur statut, lesquelles ne recoupent que partiellement l'asile stricto sensu. Loin de répondre à une volonté d'innover à tout prix l'expression « droit de l'asile » est tout simplement commode pour désigner l'ensemble des règles juridiques pertinentes dès lors qu'une personne privée de la protection de son pays d'origine recherche, obtient ou n'obtient pas la protection qu'elle sollicite auprès d'une autorité étrangère. Plus large que celle de « droit d'asile », elle a le mérite d'éviter l'ambivalence de cette expression ». Cette ambivalence tient à ce que l'expression « droit d'asile » a deux faces : « Ces deux faces du droit d'asile, à la fois droit de l'État et droit de l'homme, ne se placent pas sur le même plan et répondent à des logiques différentes » (p. 14).

18 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 2, alinéa 2.

19 *Ibid.*, article 2, alinéa 3.

20 *Ibid.*, article 2, alinéa 4.

applicable à l'ordre juridique français, pas moins de onze instruments d'origine et de rang différents totalisant un ensemble de 305 articles<sup>21</sup>. Encore ce recensement ne peut-il être considéré comme exhaustif à raison de la plus grande profusion encore d'instruments spéciaux ou sectoriels relatifs aux données personnelles, essentiellement en droit de l'Union européenne<sup>22</sup>. Il s'agit sous ce vocable de désigner un ensemble touffu d'instruments relatifs à l'encadrement de l'informatique. Cette expression permet ainsi de désigner uniformément les instruments de première génération adoptés dans les années 1970/1980 et ceux de deuxième génération apparus dans le courant des années 1990, au delà des différences purement sémantiques qu'ils accusent<sup>23</sup>. Seuls seront étudiés ceux de ces instruments ayant ou susceptibles d'avoir une application ou un impact sur l'ordre juridique interne français, ce qui implique d'étudier aussi bien les instruments de droit interne que ceux de droit international.

Le droit des données personnelles est par ailleurs complexe dans la mesure où, dans chacun des instruments évoqués, l'expression « droit des données personnelles » ne renvoie pas à un concept juridique unique. Au contraire, chacun de ces instruments est relatif à un ensemble indissociable de dispositions spécifiques et elles même complexes. En effet, un instrument relatif à ce domaine comporte, à tout le moins pour ceux applicables dans l'ordre juridique interne, pas moins de six ensembles cohérents de mesures: les principes et définitions fondamentales, les dispositions

21 En effet, pour le seul droit français, l'expression « *droit des données personnelles* » limitée à la seule loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, renvoie à un contenu matériel particulièrement vaste : 48 articles pour la loi dans sa version originelle (JORF 7 janvier 1978, p. 227), 72 dans sa version actualisée (Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF 7 août 2004, p. 14063). Pour le droit européen, la même expression renvoie à un contenu à peine moins modeste: 30 articles pour la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 28 janvier 1981 telle que complétée par son protocole additionnel de 2001 (Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, STE n° 181, signé le 8 novembre 2001, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004). Enfin, le droit de l'Union européenne révèle lui aussi un contenu particulièrement fourni. Ce caractère ne se révèle pas forcément au sein des dispositions de droit primaire: ainsi, le Traité sur l'Union européenne (TUE), le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDF) ne contiennent chacun qu'un article de principe relatif au sujet: respectivement, l'article 39 du TUE, 16 du TFUE, 8 de la Charte. Il se révèle en revanche très nettement au regard du droit dérivé: le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement et du Conseil, du 18 décembre 2000 (JOUE 2001, L 8, p. 1), relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données comporte 51 articles, la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOUE L 281 du 23.11.1995, p. 31) en comporte 34, la directive désormais abrogée 97/66/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications en comporte 16, la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques », JOUE du 31 juillet 2002, p. 42), qui abroge la directive 97/66 précitée, en comporte 21 et la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (JOUE n° L 350 du 30/12/2008 p. 60) en comporte 30.

22 Voir *infra*, notamment Deuxième partie, titre 2, chapitre 2.

23 Telles que la différence entre la notion d' « *information nominative* » adoptée par la loi du 6 janvier 1978 et celle de « *donnée à caractère personnel* » retenue par les instruments européens de protection des données. Nous ne nions pas qu'une différence de contenu puisse être établie, mais nous pensons que cette hypothétique différence de contenu ne constitue que le symptôme d'une évolution globale des instruments, et non un phénomène isolé. Sur cette distinction, voir EYNARD Jessica, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2011.

relatives au champ d'application territorial, à l'autorité de contrôle, aux formalités préalables, celles relatives aux conditions de licéité d'un traitement de données personnelles et, enfin, les droits reconnus aux personnes dont les données sont traitées. C'est dire s'il est peu aisé, en se basant sur le seul droit positif, d'en déduire intuitivement un concept synthétique d'ensemble.

### *B/ L'objet du droit des données personnelles : la réglementation de l'activité informatique*

Encadrant l'activité de traitement des données personnelles, le droit du même nom réglemente nécessairement l'activité informatique elle-même. En effet, la première ne constitue qu'un aspect limité de la seconde et de surcroît, il est difficile de faire le tri dans l'usage de l'informatique entre le traitement de données qui sont personnelles et celles qui ne le sont pas<sup>24</sup>. En outre la réglementation de l'informatique apparaît plus ou moins explicitement comme l'objet des premiers instruments ou projets d'instruments en la matière dans l'ordre interne. Ainsi, les premières propositions de loi déposées en France sur le sujet tendaient à la création d'un « Comité de surveillance » et d'un « Tribunal de l'informatique »<sup>25</sup> pour le premier, à la création d'un « Directoire et [d'] un Tribunal de l'Informatique »<sup>26</sup> pour l'autre. Cet objet réel du droit des données personnelles apparaît jusque dans la loi du 6 janvier 1978, dont on rappellera qu'elle se trouve, au terme de son intitulé, relative « à l'*informatique*, aux fichiers et aux libertés ». Ainsi, les deux premières phrases de son article premier énoncent que « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale ». L'objet du droit des données personnelles, c'est donc la réglementation de l'informatique et de son développement.

Mais l'informatique a évolué historiquement, et exige de distinguer les Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC).

L'expression de TIC<sup>27</sup> recouvre les progrès techniques mis en œuvre après la seconde guerre mondiale dans le domaine du traitement rationnel de l'information. Ces technologies se traduisent par le développement de l'informatique, dont l'ordinateur est le symbole<sup>28</sup>. L'informatique est

24 Il existe bien évidemment des usages de l'informatique n'ayant recours à aucune donnée personnelle comme les activités de calcul, de cartographie, de recensement des stocks... Mais sauf à restreindre *a priori* le type de données utilisables, comme sur une calculette qui ne permet qu'un traitement rationnel de chiffres, tout procédé informatique permettant la saisie de lettres est susceptible d'être utilisé pour effectuer un traitement de données personnelles.

25 PONIATOWSKI Marcel, Proposition de loi tendant à la création d'un Comité de surveillance et d'un Tribunal de l'informatique enregistrée à de l'Assemblée Nationale le 30 octobre 1970. Annexe au procès-verbal de la séance du 25 novembre 1970. N° 1454 Assemblée Nationale première session ordinaire de 1970-1971.

26 CAILLAVET Henri, Proposition de loi tendant à créer un Directoire et un Tribunal de l'informatique. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 1974. N° 144, Sénat, seconde session ordinaire de 1973-1974.

27 A notre connaissance, l'expression n'apparaît en droit français qu'avec le Décret n° 95-760 du 1<sup>er</sup> juin 1995 relatif aux attributions du ministre des technologies de l'information et de la poste. Ce dernier, dans son article 1<sup>er</sup>, définit ainsi la mission de François Fillon, premier ministre des technologies de l'information et de la poste : « En liaison avec les ministres intéressés, [Le ministre des technologies de l'information et de la poste] définit et met en œuvre la politique gouvernementale en matière de développement de la société de l'information et de modernisation des technologies, des supports et des réseaux utilisés par les services de communication; il veille à la cohérence des actions des différents ministères dans ce domaine ».

28 A ce stade, il est utile de rappeler que cette période est celle non pas de la conception de ces technologies mais de leur diffusion pour des usages pratiques. L'ordinateur trouve ses premières prémices dans les premières

définie en 1966 par l'Académie française comme la « Science du traitement rationnel, notamment par machine informatique, de l'information considérée comme le support des connaissances et des communications dans les domaines technique, économique et social »<sup>29</sup>. Mais l'informatique ne se réduit pas à l'ordinateur, de la même façon que la biologie ne saurait se réduire au microscope<sup>30</sup>. Le terme désigne en effet toute fonction de traitement rationnel de l'information, de telle sorte que les premiers emplois de l'informatique ne remontent pas à l'apparition de l'ordinateur mais *a minima* au boulier. Pour le dire autrement, entre un fichier papier et un traitement informatique de données, la seule différence consiste dans les moyens employés et non dans la nature du procédé mis en œuvre, qui demeure dans les deux cas un traitement rationnel de l'information<sup>31</sup>. Ainsi, à la lumière de cette observation, il est possible de considérer que le premier scandale public lié au détournement en France d'informations personnelles recueillies et organisées en fichiers n'est pas l'affaire SAFARI en 1974, mais bien l'affaire des fiches de 1904<sup>32</sup>, ce qui explique l'absence de limite historique posée à l'étude du sujet. Pour autant, si l'informatique ne se réduit pas à l'ordinateur, une telle conception est extrêmement répandue<sup>33</sup> et se trouve accréditée jusque dans le texte même de la loi relative à « l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Ainsi, d'une part, le titre même de la loi est de nature à induire en erreur en laissant croire que les fichiers ont été inclus à titre dérogatoire dans le champ de cette loi, alors qu'ils constituent l'archétype du traitement rationnel de l'information. D'autre part, certaines dispositions figurant dans la version originelle de la loi du 6 janvier 1978 traduisent assez explicitement une conception de l'informatique par le législateur réduite à l'ordinateur. Ainsi, les traitements non automatisés, c'est à dire les fichiers papier, ou simplement mécanographiques, ne sont pas inclus *a priori* totalement dans le champ d'application de la loi, mais seulement de

machines à calculer au XIX<sup>ème</sup>, telles que celle développée par l'anglais Charles Babbage. La célèbre compagnie américaine IBM (*Informatics Business Machines*) est ainsi créée pendant l'entre-deux guerres.

- 29 Cette définition est rappelée telle quelle, sous cette formulation exacte, dans l'arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, JORF du 17 janvier 1982, p. 625.
- 30 FELLOWS R. Michael and PARBERRY Ian, SIGACT trying to get children excited about CS, *Computer Research News*, January 1993, p. 7: « CS [Computer Science] is no more about computers than astronomy is about telescopes, biology is about microscopes or chemistry is about beakers and test tubes ». Voir *contra*, LUCAS André, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987, pp. 15-16. L'auteur critique la formulation de l'arrêté sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981 dans les termes suivants: « L'arrêté précité a beau évoquer comme une simple possibilité le recours à des « machines automatiques », chacun sait bien qu'il n'y aurait pas d'informatique du tout sans lesdites machines. L'expression est d'ailleurs maladroite. Ce qui doit être mis au premier plan est la notion de système informatique, c'est à dire l'ensemble que constituent le matériel, à commencer par l'ordinateur lui-même et les logiciels ». Cette critique met toutefois de côté le but de l'informatique, à savoir le traitement rationnel de l'information, pour se concentrer sur ses modalités les plus récentes.
- 31 Dans ces conditions, il n'est pas possible de souscrire à l'opinion selon laquelle « Le mot « informatique » contenu à la fois dans le titre et l'article 1<sup>er</sup> de la Loi éclipse l'existence du terme « fichier » », in FRAYSSINET Jean, « L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *RRJ*, 1989-4, p. 908.
- 32 Pour une présentation détaillée de cette affaire dans une perspective des sciences administratives, voir THUILLIER Guy, Autour d'Anatole France : le capitaine Mollin et l'affaire des fiches en 1904, *RA*, novembre-décembre 1986, pp. 549-557 ; THUILLIER Guy, A propos de l'affaire des « fiches » Les mésaventures du Préfet Gaston Joliet en 1904, *RA*, mars-avril 1994, pp. 133-136 ; THUILLIER Guy, A propos de l'affaire des fiches: le maintien du système des fiches de 1905 à 1914, *RA*, janvier-février 1997, pp. 21-25.
- 33 Cette conception est répandue jusque dans les travaux ayant pour but de cerner les implications et significations de l'informatique en droit. Voir ainsi LE TOURNEAU Philippe, « Pot pourri (réflexions incongrues autour de l'informatique et de l'internet) », *CCE*, janvier 2004, p. 11, qui réduit l'informatique à l'ordinateur. Voir également LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 16: « l'informatique se rapporte au traitement automatisé de données par un appareil électronique ».

manière limitée en ne se voyant soumis au terme de l'article 45 al. 1 de cette loi qu'à une partie limitée de ses dispositions. De manière discrétionnaire et dérogatoire, il peut être décidé, au terme de l'alinéa 4 de ce même article, de leur étendre le reste des dispositions de cette loi<sup>34</sup>. Certes, les dispositions citées en alinéa 1 sont cruciales car elles portent sur les principes à respecter par tout auteur d'un traitement. Mais elles laissent ainsi *a priori* de côté des règles ayant une certaine importance, comme celles relatives au droit d'accès et, plus fondamentalement, les principes de conciliation entre l'informatique et la protection des droits des personnes déclinés dans les premiers articles de cette loi.

L'expression de NTIC recouvre quant à elle l'association, à partir de la fin des années 1970, entre l'informatique et la télécommunication. Avant cela, le traitement rationnel de l'information se trouvait limité en un lieu géographique précis: les ordinateurs ne communiquaient pas entre eux. A partir de ce moment, la capacité des moyens informatiques à traiter rationnellement l'information voit sa portée démultipliée par la possibilité d'une communication dématérialisée, transfrontières ou non, avec d'autres ordinateurs. Cette association de l'informatique à la télécommunication donne naissance à la télématique, dont internet constitue l'application la plus emblématique<sup>35</sup>.

Ces deux moments de l'histoire informatique ont chacun entraîné des bouleversements sociaux bien distincts, en donnant naissance à de nouvelles activités ou à des façons innovantes d'en concevoir d'anciennes. L'intérêt essentiel de procéder à la distinction entre TIC et NTIC au sein d'une thèse de droit public est que ces effets du progrès technologique concrétisent des intérêts consacrés à des degrés divers en droit. Dire de l'informatique, dans le cadre des TIC ou des NTIC, qu'elle constitue le prolongement direct de ces intérêts signifie qu'interdire l'usage de cette technologie équivaut à interdire l'expression de ces intérêts. Or, ces derniers étaient tout simplement trop importants pour autoriser l'apparition d'un tel comportement luddite<sup>36</sup>: la liberté de traiter des données personnelles est impliquée nécessairement, tant dans l'ordre interne, par la liberté pour toute institution publique ou privée de s'administrer que dans l'ordre international, par le principe de libre-circulation de l'information. Ainsi, d'une part, l'informatique prolonge et concrétise la nécessité pour toute institution de traiter de l'information afin d'accomplir son but constitutif. D'autre part, la télématique prolonge directement aussi bien la liberté de prestation de service que la liberté d'expression<sup>37</sup>.

Le droit des données personnelles peut donc se définir, dans une acception restrictive, au seul

34 Loi du 6 janvier 1978, dans sa version d'origine, article 45 al. 1 : « Les dispositions des articles 25, 27, 29, 30, 31, 32 et 33 relatifs à la collecte, l'enregistrement et la conservation des informations nominatives sont applicables aux fichiers non automatisés ou mécanographiques autres que ceux dont l'usage relève du strict exercice du droit à la vie privée » et al. 4 : « Le Gouvernement, sur proposition de la commission nationale de l'informatique et des libertés, peut décider, par décret en Conseil d'État, que les autres dispositions de la présente loi peuvent, en totalité ou en partie, s'appliquer à un fichier ou à des catégories de fichiers non automatisés ou mécanographiques qui présentent, soit par eux mêmes, soit par la combinaison de leur emploi avec celui d'un fichier informatisé, des dangers quant à la protection des libertés ».

35 Internet constitue un réseau télématique ouvert au public. Il existe d'autres réseaux télématiques dédiés à des buts spécifiques comme le réseau SWIFT, chargé de la communication d'informations entre établissements bancaires.

36 Le mouvement luddite doit son nom à Ned Ludd, personnage dont l'historicité n'est pas totalement établie mais dont le nom a servi d'étendard à une révolte industrielle entre 1810 et 1820 en Grande Bretagne. Les luddites désignaient alors les ouvriers mis au chômage par la généralisation de l'emploi des premières machines industrielles. Leur action consistait à détruire ces machines, refusant par la violence la généralisation du progrès technique. Sur le sujet en langue anglaise, voir également MILLS K. Miriam, « Luddites at the Terminal and Other Renegades : Computer Generated Conflict Areas », *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 10, Issue 1 (1983), pp. 115-126.

37 Voir *infra*, première partie, titre 1.

droit encadrant l'activité de traitement des données personnelles. Dans son acception la plus large, il se définit comme un droit réglementant l'usage de l'informatique et de la télématique. Les enjeux de son étude sont donc particulièrement importants car, à ce titre, il conditionne la réalisation de ce que nous appelons ordinairement la société de l'information.

## **§2 – L'ambivalence des enjeux du droit des données personnelles**

Elle tient à l'antagonisme des deux intérêts – la liberté de l'informatique d'une part, la protection de la personne fichée d'autre part – qui structurent le droit des données personnelles. Ce dernier peut alors légitimement être considéré comme ambivalent non pas dans la mesure où il organise en droit l'articulation et la hiérarchisation de ces deux enjeux, mais dans la mesure où il n'indique pas clairement le résultat de ce processus. Dans ces conditions, l'observation du droit positif des données personnelles s'avère globalement décevante dans la mesure où, en droit interne, l'enjeu de la protection de la personne fichée se trouve sensiblement mis en avant (A) et où en droit international, la diversité des normes adoptées ne permet pas de se faire rapidement une idée claire sur cette articulation (B).

### *A/ En droit interne : une survalorisation de la protection de la personne fichée*

Que le droit interne privilégie en apparence la protection de la personne fichée ne signifie pas que l'intérêt général attaché au développement de l'informatique n'ait été ni perçu, ni organisé en droit (1). Cela signifie seulement que la loi fondatrice du 6 janvier 1978 a été adoptée dans un contexte historique dominé par le souci de protection des droits et libertés de la personne fichée (2).

#### **1) La réalité d'un intérêt général attaché au développement de l'informatique**

Cet enjeu d'intérêt général est celui de la troisième révolution industrielle que nous appelons ordinairement société de l'information. Comme chacune des précédentes révolutions industrielles, elle prend appui sur une ou plusieurs avancées technologiques majeures (a) pour aboutir à une modification en profondeur des modes d'échange, de production et de vie en communauté (b).

##### a) L'enjeu : la liberté de l'informatique

A une seule et notable exception, la notion de liberté de l'informatique n'apparaît explicitement ni dans les travaux parlementaires relatifs à la loi du 6 janvier 1978, ni dans les commentaires de la doctrine contemporaine. L'informatique en tant que technique et comme toute technique, est ambivalente. Cela implique de prendre en compte l'intégralité de ses enjeux dans le cadre d'un processus d'encadrement normatif, comme le souligne dès l'origine Bernard Tricot, président de la commission éponyme directement à l'origine du droit français des données personnelles<sup>38</sup>.

38 TRICOT Bernard, « Droit et maîtrise de l'information », in *Informatique et développement régional*, Actes du colloque des 20 et 21 octobre 1977 tenu à Fontevraud, La Documentation française, 1978, p. 59: « une bonne vision de l'informatique doit tenir compte, d'une part, de ce qu'elle est une technique parmi d'autres (...) ; et, d'autre part, que l'informatique est, elle aussi, matière à liberté. Pouvoir utiliser l'informatique est une liberté; la presse, notamment, le sait bien ».

Or, si la prise en compte d'un double enjeu collectif et individuel a été opérée de manière relativement équilibrée en droit international, tel n'a pas été le cas en droit français. En effet, ce dernier est marqué par un contexte de sur-représentation de la thématique des droits et libertés de la personne humaine dans l'élaboration du premier instrument français relatif aux données personnelles. La prise en compte de l'intérêt général, même sous-représentée dans cet instrument, n'en est pas moins réelle, à travers la considération d'un intérêt social distinct de l'intérêt strictement individuel de la personne dont les données sont traitées<sup>39</sup>. Un tel constat s'autorise d'une part de l'examen des travaux parlementaires afférents à la loi du 6 janvier 1978 et d'autre part de celui de la doctrine contemporaine à ces travaux.

Dans les travaux parlementaires, la défense de la liberté de l'informatique emprunte presque exclusivement des formulations implicites.

A une seule reprise à notre connaissance, cette liberté se trouve mentionnée explicitement. Ainsi, le ministre Alain Peyrefitte, à l'occasion des débats parlementaires, présentait l'objet du débat parlementaire en ces termes: « c'est cette gageure que tente le projet de loi qui vous est aujourd'hui soumis: concilier la protection des libertés avec cette liberté nouvelle que représente le recours à l'informatique »<sup>40</sup>. Au delà de cette unique formulation explicite, la liberté de l'informatique n'est considérée et consacrée que de manière implicite. Ainsi, le ministre Jean Foyer relevait à propos de l'économie générale du projet de loi que « La considération fondamentale qui l'inspire est qu'on ne peut interdire purement et simplement l'usage des procédés informatiques. Une telle prohibition ne serait, à coup sûr, pas respectée d'autant que le coût du matériel informatique tend aujourd'hui à décroître et le rendre accessible à un plus grand nombre d'utilisateurs. Il rend par ailleurs (...) des services précieux dont il serait absurde de vouloir se priver. (...). Mais cette technique ne doit pas progresser plus vite que son contrôle et il convient, avant tout, d'éviter qu'il ne soit fait un usage abusif et préjudiciable aux droits individuels »<sup>41</sup>. Ces mêmes travaux préparatoires s'inspirent eux-même très largement du rapport Tricot établi en 1975 par la Commission du même nom, au terme duquel un des objectifs majeurs d'une législation en matière d'informatique serait de « maîtriser et non paralyser l'informatique »<sup>42</sup>. Cette conception est reprise par le gouvernement, auteur à l'Assemblée nationale en 1976 d'un projet de loi visant à « réaliser un nécessaire équilibre entre la pleine utilisation de l'informatique et la protection des citoyens dans une démocratie libérale »<sup>43</sup>. Dès la première phrase de l'exposé des motifs, l'accent est mis sur l'intérêt attaché au développement de l'informatique en France<sup>44</sup>. Pour ses auteurs, un

39 FRAYSSINET Jean, « L'informatique et le secret des fichiers », *RA*, 1977, p. 185: « Au départ, l'analyse avait un sens uniquement restrictif et individualiste; l'objectif poursuivi était la protection de la vie privée, notion vague, relative et ambiguë, et des libertés publiques. Aujourd'hui, sans rejeter l'aspect protectionniste, on a repris conscience des dimensions sociales et politiques de l'information, et par voie de conséquence, de l'informatique. Un statut de l'information implique aussi une large collecte et circulation des données pour le bien de la collectivité, pour la création de contre-pouvoirs informationnels. Il s'en suit un rééquilibrage de l'ensemble des éléments du problème ».

40 JORF 5 octobre 1977, débats parlementaires à l'Assemblée Nationale, 1<sup>ère</sup> session ordinaire de 1977-1978, compte rendu intégral – 2<sup>ème</sup> séance, 1<sup>ère</sup> séance du mardi 4 octobre 1977 relative à la Loi sur l'informatique et les libertés, p. 5788.

41 FOYER Jean, *Informatique et libertés*, Rapport n° 3125 de l'Assemblée Nationale, cinquième législature, première session ordinaire de 1977-1978, Tome 1, p. 13.

42 Commission Informatique et Libertés, *rapport dans le cadre du décret n° 74.938 du 8 novembre 1974*, La Documentation française, 1975, tome 1, p.23.

43 Projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 août 1976, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1976, Documents parl., Ass. nat., n° 2516, p. 5.

44 *Ibid.*, p. 2, Exposé des motifs: « Les sciences et techniques informatiques sont l'un des moyens les plus efficaces de la gestion des affaires publiques et privées ainsi que de la recherche scientifique. Tous les pays y ont recours,

tel intérêt ne peut être tempéré que par la seule considération des droits et libertés des personnes<sup>45</sup>. Le caractère implicite d'une telle consécration au cours des séances parlementaires est également perceptible au Sénat. En effet, la Commission des lois, suivie par le Sénat lui-même, a substitué à l'expression adoptée par l'Assemblée nationale « l'informatique doit être au service des citoyens » celle de « l'informatique doit être au service de chaque citoyen », afin, expose le rapporteur, de « substituer l'idée de l'individu à celle du groupe » et, surtout, de manifester que « l'informatique doit être un outil destiné à améliorer la vie »<sup>46</sup>.

Dans les travaux universitaires, l'expression de liberté de l'informatique n'est pas employée en tant que telle. Mais elle se trouve à l'occasion consacrée au détour d'une formulation plus générale associant le développement de l'informatique à l'intérêt général. Les formulations employées sont généralement complexes et peu explicites: plutôt que d'évoquer la liberté de l'informatique, la plupart des auteurs évoquent son absence d'interdiction. Il convient à cet égard de relever le rôle fondamental du Conseiller d'État Guy Braibant, tant dans la conception du premier droit français des données personnelles, que dans sa défense et son exportation au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Ainsi, un des tous premiers écrits en la matière en langue française est-il le fait de cet auteur et souligne de manière particulièrement éclairante la nécessité d'une telle protection, non pas pour des raisons de garanties des droits et libertés fondamentales, mais afin que la crainte du public à l'égard de l'informatique ne conduise pas au refus d'innovations techniques déjà perçues comme présentant un intérêt considérable<sup>47</sup>. De même, deux ans avant l'adoption de la loi informatique et libertés, un auteur estimait que l'objectif principal d'un tel texte devrait à la fois consister à « fixer des règles protectrices des individus et ne pas paralyser l'extension des techniques dont l'utilité n'est plus à démontrer »<sup>48</sup>. La considération de la nécessité du développement de l'informatique en dépit de ses risques en termes notamment d'atteintes aux droits et libertés était d'ailleurs nettement relayée par la CNIL dans ses premières années d'existence<sup>49</sup>.

L'enjeu d'un tel développement est alors de permettre le plein développement d'une technologie porteuse de l'intérêt général, en encadrant en amont certains de ses effets non désirés susceptibles d'engendrer au sein de la population des comportements luddites<sup>50</sup>. C'est d'ailleurs ce

quel que soit leur régime, dès lors qu'ils accèdent à un certain niveau de développement ».

45 *Ibid.*, p. 6: « L'informatique doit se développer dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques ».

46 Citation extraite de l'article de FRAYSSINET Jean et KAYSER Pierre, « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *RDP*, 1979, p. 638.

47 BRAIBANT Guy, « La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique », *RIDC*, 1971, n°4, p. 797: « il existe au moins une raison d'ordre psychologique pour qu'une réglementation nouvelle soit mise en œuvre; c'est que la crainte des ordinateurs et de l'informatique existe de façon plus ou moins diffuse dans l'opinion publique, et que cette crainte peut aboutir au refus d'innovations utiles ».

48 MADIOT Yves, note sous CE 13 février 1976, *Deberon*, Rec. Dalloz-Sirey, 1976, p. 572.

49 CNIL, *5<sup>ème</sup> rapport d'activité*, 1984, La Documentation française, 1985, p. 5: La CNIL « constate que le développement accéléré de l'informatique aboutit à un véritable encadrement de l'individu qui l'oblige à approfondir sa réflexion et à étendre ses décisions et ses recommandations à des domaines de plus en plus nombreux et de plus en plus sensibles. Dans les différentes situations de sa vie et, peut-on dire, de sa naissance à sa mort, des renseignements sur chaque individu sont fournis, qui donnent lieu à des traitements informatiques, parfois à son insu, alors que la loi l'interdit.

*Cette informatisation généralisée n'en est pas moins une nécessité. Elle permet et permettra de plus en plus une meilleure gestion de la société, de l'économie, des administrations, de l'État. En ce domaine, le retard se paie cher, mais face à ce pouvoir informatique, il est indispensable que des contre-pouvoirs existent ».*

50 BRAIBANT Guy, « La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique », *RIDC*, 1971, n°4, p. 817: « De même que le Code de la route, loin de le freiner, a favorisé l'essor de l'automobile, de même l'on est en droit de penser qu'un Code de l'informatique favorisera l'expansion de cette technologie qui

qu'exprime de la façon la plus claire le conseiller d'État Guy Braibant, en prélude à ses propositions de révision de la loi de 1978: « La protection des droits des « personnes fichées » se confond en effet, dans le long terme, avec celle du développement de l'informatique. La législation sur l'informatique et les libertés, en ce qu'elle a permis d'apaiser les craintes des citoyens, des consommateurs et des groupes sociaux, a contribué à la diffusion des technologies de l'information dans la société française. En facilitant l'acceptation des progrès irréversible de l'informatique, la loi de 1978 a contribué à les rendre plus familiers aux citoyens »<sup>51</sup>. En adoptant une telle formulation, ces auteurs décrivent bien de manière négative la réalité de la liberté de l'informatique, sans expliciter son contenu positif.

Au regard de ce type de formulation négative, rares sont les expressions positives d'une telle liberté. Il a fallu attendre les développements contemporains du commerce électronique pour que soit explicitement mais sporadiquement reconnu l'existence d'un un principe de liberté « de constitution de fichiers nominatifs et de traitement informatique des données »<sup>52</sup> posé par les différents instruments nationaux et internationaux relatifs aux données personnelles.

#### b) La conséquence de la liberté de l'informatique : la société de l'information

Cet enjeu d'intérêt général qu'est la liberté de l'usage et du développement de l'informatique ne peut se comprendre dans le cadre des strictes frontières du droit interne. En effet, elle apparaît comme une des causes et des conséquences du processus de mondialisation, entendu « comme le phénomène d'extension à la planète (selon des degrés et des rythmes, certes variables) de l'« interdépendance ». Avec l'intensification des réseaux et des flux d'échanges dont la vitesse de circulation est d'autant plus rapide que ces flux portent, à côté des biens et services matériels, sur des valeurs immatérielles, on assiste aujourd'hui à une étroite imbrication des divers secteurs de l'activité économique et « des divers facettes de la réalité sociale » par delà les frontières étatiques »<sup>53</sup>. Les auteurs de la loi du 6 janvier 1978 le reconnaissent explicitement qui, dans son article 1<sup>er</sup>, énoncent que « son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale ». Cet enjeu se traduit d'abord par un bouleversement global de nos sociétés, dont on souligne de manière récurrente qu'il est analogue à celui apporté par les deux premières révolutions industrielles. Sous le nom de société de l'information, il se caractérise par une revalorisation de la notion d'information autant que de sa circulation.

C'est au sortir de la seconde guerre mondiale que la notion d'information est valorisée en sciences sociales. Dans le cadre des théories de la cybernétique et de la sociologie des organisations, la notion d'information apparaît comme la brique élémentaire de toute organisation. La notion d'information tend ensuite, tout au long de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup>

est un extraordinaire facteur de progrès économique et sociale ». Guy Braibant reprendra en 1998 cette même image en désignant ainsi les instruments du droit des données personnelles: « Ces règles et contrôles sont trop souvent appréhendés par certains responsables de traitement comme des entraves au développement des moyens informatiques dans l'administration en l'entreprise. Mais, de même que le code de la route n'a pas tué l'automobile, l'encadrement juridique du traitement des données personnelles a été l'instrument d'une indispensable maîtrise des progrès des technologies de l'information » (BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 1998, p. 26).

51 BRAIBANT Guy, *op. cit.*, p. 26.

52 LATOUR Xavier, « Le droit communautaire et la protection des données à caractère personnel dans le commerce électronique », *LPA*, 6 février 2004, n° 27, p. 10.

53 MAHMOUD Mohamed Salah Mohamed, « Mondialisation et souveraineté de l'État », in *Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Litec, 2006, pp. 557-558.

siècle, à se juridiciser, constituant de manière de plus en plus ostensible la matière première d'une économie en voie de tertiarisation. Au sein des pays développés, le secteur des services, déjà conséquent, tend à prendre de plus en plus de place, accompagné en cela par la libéralisation internationale des échanges en la matière.

L'attention des juristes français se traduit pour l'essentiel par des réflexions sur son intérêt en tant que bien. Ainsi, le professeur Catala<sup>54</sup> a-t-il mis en évidence son appartenance à la catégorie des biens immatériels, tandis que Mme Mallet-Poujol confirmait cette qualification pour les banques de données<sup>55</sup>. Le droit public n'est pas en reste, ses spécialistes ayant reconnu l'intérêt de l'information en tant qu'élément de moins en moins négligeable du domaine public<sup>56</sup> ainsi que l'intérêt d'un libre accès et d'une libre circulation de l'information publique dans le cadre du mouvement *open data*<sup>57</sup>. Malgré cette prise de conscience, un des intérêts de la notion d'information, sa circulation, n'a été perçu que très partiellement, dans le cadre de l'*open data*. Paradoxalement, le principe de libre circulation de l'information est consacré en droit positif, sans pour autant être explicitement défini. Il donne un contenu juridique aux expressions purement descriptives de « flux transfrontières » ou de « société de l'information », qui demeurent utilisées par la doctrine. Bien que fréquemment employées, elles ont l'inconvénient de présenter ces phénomènes comme donnés et préexistants alors qu'ils ne désignent qu'une faculté permise dans le cadre d'une liberté<sup>58</sup>.

Ainsi, la notion de « société de l'information » renvoie avant tout en droit à un contenu factuel. Elle décrit le phénomène historique qu'est une révolution industrielle. En effet, « les flux de données numériques sont au XXI<sup>ème</sup> siècle ce que furent l'électricité ou les chemins de fer pour les siècles précédents: ils irriguent l'ensemble des secteurs de la société, sont garants de sa cohésion, sont vitaux pour son industrie, ses services et son administration »<sup>59</sup>. Il n'existe pas à l'heure actuelle de définition juridique de cette notion<sup>60</sup>, même si des dérivés sont d'ores et déjà consacrés, comme la notion de « services de la société de l'information »<sup>61</sup>. A ce jour et à notre connaissance, cette question n'a donné lieu à aucune analyse juridique d'ampleur à l'exception de

54 CATALA Pierre, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *Rec. Dalloz*, 1994, chronique, pp. 97-104.

55 MALLET-POUJOL Nathalie, *Commercialisation des banques de données*, thèse, CNRS Éditions, 1993.

56 MALWE Claire, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, thèse, Nantes, 2008.

57 AUBY Jean-Bernard, « La réutilisation des données publiques », *DA*, août-septembre 2011, n° 8-9, p.1 ; CONNIL Damien, note sous TA Clermont-Ferrand, 13 juillet 2011, *SA Notrefamille.com*, req. n° 1001584, *AJDA*, 27 février 2012, pp. 375-380 ; voir également du même auteur sa note sous l'arrêt en appel de cette décision : note sous CAA Lyon, 4 juillet 2012, *Département du Cantal*, req. n° 11LY02325, *AJDA*, 11 février 2013, pp. 301-304 ; GORCE Gaëtan et PILLET François, Rapport n° 469 du Sénat, session ordinaire de 2013-2014, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 avril 2014, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'*open data* et la protection de la vie privée.

58 Cette tendance à objectiver le résultat de l'exercice d'une liberté n'est pas propre au droit des données personnelles et à ses flux transfrontières de données. Une telle objectivation se retrouve également en droit des étrangers, dans lequel l'expression de flux migratoire masque la réalité de l'exercice individuel par une personne physique de la liberté d'aller et de venir.

59 *La société et l'économie à l'aune de la révolution numérique – Enjeux et perspectives des prochaines décennies (2015-2025)*, Rapport de la commission présidée par Alain BRAVO, Centre d'analyse stratégiques, La Documentation française, 2009, quatrième de couverture.

60 Dans les ouvrages spécialisés, la société de l'information fait uniquement l'objet d'une analyse de son contenu factuel, en laissant de côté les dynamiques juridiques dont elle est l'aboutissement. Tel est notamment le cas au sein d'un ouvrage dont c'est pourtant l'objet : voir ainsi DEHOUSSE Franklin, VERBIEST Thibault, ZGAJEWSKI Tania, *Introduction au droit de la société de l'information*, Larcier, 2007, pp. 53-80. L'analyse du phénomène de la société de l'information est réduite à son contenu technique et factuel et est épurée de toutes considérations juridiques.

61 Voir *infra*, première partie, titre 1, chapitre 2.

la thèse du professeur Olivier Cachard<sup>62</sup> et aucun auteur ne s'est posé la question de l'existence et de l'identité du fondement juridique d'Internet. Cette carence s'explique par la complexité et la dispersion des manifestations en droit de ce phénomène<sup>63</sup>.

Il est vrai que la notion de société de l'information ne constitue pas en elle-même un objet juridique mais s'analyse comme la conséquence d'un principe de libre circulation de l'information.

Cette relation entre une notion non juridique – la société de l'information – et un principe juridiquement appréhendable – la libre circulation de l'information – a été mise en évidence non pas en droit mais en sciences de la communication. En effet, la notion de société de l'information y est analysée de longue date ; le « paradigme techno-informatique » qui la sous-tend étant évoqué dès la fin de la seconde guerre mondiale<sup>64</sup>. Ce dernier est décrit comme découlant du principe de la doctrine de défense américaine de libre flux de l'information, conçu dans le cadre de la guerre froide. Cette doctrine militaire du *free flow of information* n'aurait du son succès qu'à sa convergence avec deux intérêts généraux internationaux : la libéralisation économique dans le cadre du GATT<sup>65</sup> et l'établissement d'un système de communications globales dans le cadre de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT)<sup>66</sup>. La libre circulation de l'information y est alors conçue comme la conséquence logique des options libérales majoritairement adoptées dans la Communauté internationale sur les plans politiques et économiques avec l'institution de l'ONU et du GATT<sup>67</sup>.

## 2) Un intérêt général dilué dans un contexte individualiste

La matière du droit des données personnelles est fortement internationalisée mais il existe un intérêt majeur à envisager ses sources en partant de la loi du 6 janvier 1978 en raison du caractère nettement précurseur de cette loi, qui a défini dès cette époque les notions de base de ce droit, auquel le droit international se ralliera.

Le droit français des données personnelles a en effet été pionnier. La France constitue un des premiers États au monde, et le premier État membre des Communautés économiques européennes, à avoir adopté dans son droit positif une telle réglementation. Ce rôle précurseur explique le succès à l'exportation du modèle français de droit des données personnelles. En effet, la grande majorité des équilibres et des concepts adoptés par le législateur français le 6 janvier 1978 a été reprise par les instruments généraux adoptés par les Communautés puis par l'Union européenne à partir du milieu des années 1990. Ainsi, contrairement à ce qui a pu être parfois avancé, il n'existe aucune différence fondamentale entre les équilibres atteints en matière de

62 CACHARD Olivier, *La régulation internationale du marché électronique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 365, 2002.

63 Sur cette dispersion et cette complexité, voir *infra*, première partie, titre 1, chapitre 2.

64 MATTELART Armand, *Histoire de la société de l'information*, La découverte, 2009, 4<sup>ème</sup> édition, p. 30.

65 MATTELART Armand, *op. cit.*, p. 36 : « Sur le plan diplomatique, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, le département d'État s'est employé à légitimer auprès des organismes des Nations unies sa doctrine du libre flux de l'information (*free flow of information*), de plus en plus assimilée à celle du libre-échange. Une doctrine qu'il oppose à celle du Kremlin, arrimé à la thèse de la souveraineté nationale et interprétant tout débordement des frontières comme « ingérence » ou « agression » ».

66 MATTELART Armand, *op. cit.*, p. 36 : Cette diplomatie du *free flow of information* est relayée concrètement, lorsqu'« en 1965, Washington propose aux « pays du monde libre » le premier système de communication à couverture globale: *Intelsat (International Telecommunications Satellite Consortium)* ».

67 Pour une analyse de cette évolution non pas en termes juridiques mais en termes sociologiques et politiques, voir MATTELART Armand, *op. cit.*, p. 63 et ss, pp 71-73.

réglementation de l'informatique en droit français et en droit de l'Union européenne<sup>68</sup>. Le succès de l'exportation et de l'acclimatation de la conception française du droit des données personnelles en droit de l'Union européenne explique sa diffusion au niveau mondial. En effet, les instruments adoptés par les institutions de l'Union en la matière exercent une forte influence sur les autres systèmes juridiques à raison de leur extraterritorialité. Ainsi, ces instruments s'imposent aux ordres juridiques tiers de façon impérative à deux égards : soit en emportant des effets juridiques sur le territoire d'un État tiers, soit en refusant à un acte juridique en provenance d'un État tiers toute portée extraterritoriale en matière de traitement de données personnelles sur le territoire de l'Union. Pourtant, le contexte dans lequel s'inscrit l'adoption de la loi du 6 janvier 1978 laisse à croire que cette loi est entièrement tournée vers la protection de la personne fichée.

L'idée d'un droit des données personnelles centré sur une fonction de la protection de l'individu trouve un premier écho dans l'activité législative française à partir de 1970. En France, cette année est symboliquement marquée par l'adoption d'un certain nombre de lois ainsi que par le dépôt de projets de loi ayant pour objet de protéger certains droits et libertés contre le développement de la technologie en général<sup>69</sup>. Les tentatives d'encadrement de l'informatique sont à la même époque à leur début. Si les tentatives d'encadrement général des activités informatiques n'ont jamais dépassé le stade de la proposition de loi<sup>70</sup>, des tentatives plus sectorielles ont abouti, créant ainsi en France un premier droit sectorisé des données personnelles au sein de la loi du 27 juin 1970 relative au fichier des conducteurs<sup>71</sup> et au sein de la loi du 31 décembre 1970 sur la réforme

68 Voir *infra*.

69 Telle est ainsi l'origine de l'adoption de la loi du 17 juillet 1970 consacrant le droit au respect de la vie privée dans l'article 9 du Code civil. Cette loi explicite ce droit plus qu'elle ne le crée, en ce qu'elle n'a fait que consacrer la politique jurisprudentielle des juridictions judiciaires qui fondaient jusque là le respect de la vie privée sur l'article 1382 du Code civil. Dans cette optique, la possibilité reconnue par cet article à toute personne d'exiger des dommages et intérêts devant la juridiction judiciaire en réparation d'un préjudice matériel ou moral trouvait à s'appliquer dans la mesure où une atteinte à la vie privée était alors considérée comme constituant un préjudice moral. Pour une analyse détaillée et contemporaines du contexte de l'adoption de cet instrument et de l'instrument lui-même, voir CASTILLO RUGELES Jorge Antonio, *La protection de la vie privée face au développement de l'informatique*, thèse, Paris I, 1975.

70 PONIATOWSKI Marcel, Proposition de loi tendant à la création d'un Comité de surveillance et d'un Tribunal de l'informatique enregistrée à de l'Assemblée Nationale le 30 octobre 1970. Annexe au procès-verbal de la séance du 25 novembre 1970. N° 1454 Assemblée Nationale première session ordinaire de 1970-1971) : « Dans quelques années le citoyen sera totalement incapable de contrôler l'utilisation pratique et généralisée des renseignements fournis par le matériel informatique »; CAILLAVET Henri, Proposition de loi tendant à créer un Directoire et un Tribunal de l'informatique. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 1974. N° 144 Sénat seconde session ordinaire de 1973-1974: « Il est également évident que la faculté de mémoire de ces mêmes ordinateurs et la rapidité d'exploitation des renseignements qu'ils enregistrent en font de redoutables « enquêteurs » dont nous ne pouvons savoir pour quels motifs ils seront utilisés ».

71 Loi n° 70-539 du 24 juin 1970 concernant la centralisation de la documentation relative à la circulation routière, *JORF* du 25 juin 1970, p. 5963. La loi du 24 juin 1970 relative au fichier des conducteurs a pour but principal de renforcer la sécurité routière et de réduire le nombre d'accidents. Le gouvernement se proposait d'atteindre cet objectif en centralisant dans un fichier unique un ensemble d'informations relatives aux conducteurs jusque là éclatées entre différents services et ministères. Ainsi, à titre d'exemple, les informations relatives aux permis de conduire se trouvaient au ministère de l'Équipement, quand celles relatives au casier judiciaire et au fichier des contraventions étaient centralisées au ministère de la Justice. Ce faisant, ce fichier ne créait pas de nouvelles possibilités d'action mais permettait seulement de rationaliser substantiellement une politique existante. L'intérêt de cette loi, matériellement très courte, est de préfigurer à l'état embryonnaire dans le droit positif certains principes du droit de la protection des données personnelles qui connaîtront une consécration dans le cadre de la loi du 6 janvier 1978, tel que le droit prévu reconnu à l'article 5 à chaque intéressé de connaître et le cas échéant de pouvoir rectifier les informations le concernant

hospitalière<sup>72</sup>.

Ces tentatives inabouties d'encadrement général de l'informatique ont ceci d'intéressant qu'elles illustrent les débuts d'une représentation néfaste de l'informatique, qui ne va cesser de prendre de l'ampleur au cours des années qui suivront. La volonté d'apporter une réponse globale aux dangers de l'informatique à l'égard des droits et libertés fondamentales est initiée par la proposition de loi déposée par le député Marcel Poniatowski, qui tendait à la création d'un « Comité de surveillance » et d'un « Tribunal de l'informatique »<sup>73</sup>. Ce projet assez court et essentiellement centré sur la définition du rôle et des attributions de ces institutions de l'informatique ne connaîtra pas de lendemain, mais sera toutefois repris, sous une formulation légèrement différente par le sénateur Henri Caillavet, dans sa proposition de loi « tendant à créer un Directoire et un Tribunal de l'Informatique »<sup>74</sup>. L'échec provisoire d'un encadrement général de l'informatique ne sera que très partiellement et tardivement compensé par la jurisprudence du Conseil d'État à propos de l'encadrement de l'usage des fichiers dans l'administration<sup>75</sup>.

En soi, ces premières ébauches d'une réglementation de l'informatique ne constituent que la partie émergée de l'iceberg. En effet, elles ne prennent de sens que dans un contexte donné de convergence intellectuelle dans différents champs du monde des idées à l'origine d'un nouveau « référentiel », c'est à dire d'une nouvelle représentation de la réalité, qui s'est progressivement imposée à la base de toute politique et de tout débat relatif à l'informatique au fil des années 1970<sup>76</sup>. Pour résumer cette évolution, il est possible de dire qu'à une phase de surévaluation des effets positifs de l'informatique, de l'immédiate après guerre au début des années 1970<sup>77</sup>, a succédé une phase de surévaluation de ses dangers<sup>78</sup>. Cette évolution dans la représentation des enjeux de l'informatique passe par une série convergente d'évolutions culturelles, philosophiques et politiques qui aboutit à une représentation de l'informatique comme une technique

72 Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JORF* du 30 décembre 1979 p. 3311., qui contient des dispositions similaires à la précédente en matière de fichiers. Voir également CASTILLO RUGELES Jorge Antonio, *op. cit.*, pp. 168-172.

73 PONIATOWSKI Marcel, Proposition préc.

74 CAILLAVET Henri, Proposition de loi tendant à créer un Directoire et un Tribunal de l'informatique. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 1974. N° 144, Sénat, seconde session ordinaire de 1973-1974.

75 CE 13 février 1976, *Deberon*, n° 97197, Rec. p. 100.

76 DEMUNCK Vincent, *La naissance de la CNIL. Étude d'une modification de l'action politique en France*, Mémoire de DEA sous la direction du professeur Bastien FRANÇOIS, Paris I, 2006, pp. 39-40.

77 Sur cette sur-représentation de ses effets positifs, notamment en science administrative et en droit administratif, voir *infra*, première partie, titre 1, chapitre 1.

78 Un tel constat, d'une approche « pendulaire » des enjeux de l'informatique en France, a été pour la première fois à notre connaissance été posé par Pierre Grémion et Haroun Jamous dans leur article « Les systèmes d'information dans l'administration publique », *RFSP*, 1974, n° 2, p. 215. Dans un ouvrage postérieur, ces deux auteurs précisent leur pensée en décrivant ce qu'ils appellent un « effet boomerang dans le développement des systèmes d'information en France » : « on observe tout d'abord un développement effervescent, anarchique (...) de systèmes en différents points de l'appareil administratif. Ce développement baigne dans une vision optimiste des effets bénéfiques, tant organisationnels que politiques, que devrait entraîner le développement de telles initiatives pour l'administration et les acteurs sociaux. Cet optimisme techniciste intervient comme élément de persuasion et de légitimation des actions entreprises. Lorsque les différents projets sortent de la clandestinité, c'est alors que l'effet boomerang se produit. La politisation ne se produit pas là où l'attendaient les experts. Au lieu de mobiliser les acteurs les plus favorables au changement social sur lesquels comptaient les promoteurs pour relayer leurs initiatives, la première « sensibilisation politique » extérieure au réseau des promoteurs se fait sur les problèmes de confidentialité, à partir des inquiétudes que le développement de tels systèmes suscite dans l'opinion publique quant à la menace que fait peser sur les liberté l'interconnexion des fichiers administratifs » (JAMOUS Haroun et GREMION Pierre, *L'ordinateur au pouvoir. Essai sur les projets de rationalisation du gouvernement et des hommes*, Seuil, 1978, p. 23).

fondamentalement destructrice des droits et libertés des personnes physiques. Cette représentation s'inscrit dans un cadre plus général de mise en cause de l'État, aux origines et formulations diverses.

Ainsi, les études consacrées au phénomène totalitaire fleurissent tout au long des années 1970<sup>79</sup> tandis qu'émerge la problématique du contrôle social<sup>80</sup>, sous l'influence notamment des travaux de Michel Foucault<sup>81</sup> et des « Nouveaux philosophes » français qui s'en recommanderont<sup>82</sup>. Le succès de ces thématiques ne sera d'ailleurs pas totalement étranger au développement corrélatif des thèmes de la transparence et de la participation. Le conseiller d'État Guy Braibant rappelle ainsi que ce n'est pas seulement le dispositif concret de projets publics comme SAFARI qui a pu émouvoir l'opinion publique mais aussi et surtout le manque absolu de transparence dans la mise en œuvre des projets d'informatisation. Cet auteur rappelle ainsi à titre d'exemple le cas de l'INSEE en 1970 qui, décidant apparemment de son propre chef, a procédé à l'informatisation du répertoire d'identification ainsi que du numéro national d'identification de tous les Français<sup>83</sup>. L'intervention étatique se trouve également remise frontalement en cause durant ces années-là dans le champ de la théorie économique. Tel est le cas de l'économiste Milton Friedman qui reçoit le prix de la banque de Suède, dit « Nobel »<sup>84</sup>, en 1976, et dont l'ouvrage de vulgarisation de ses thèses, « *Inflation et Système monétaire* », fait l'objet d'une réédition française cette même année. Le problème principal qu'il y relève est « comment mettre sur pied des institutions qui permettent au gouvernement d'exercer des responsabilités en matière monétaire, tout en limitant l'étendue de ses pouvoirs et en empêchant qu'il en soit fait usage d'avantage pour affaiblir que pour renforcer les franchises d'une société libre »<sup>85</sup>. Cette question est similaire à celle auquel s'est trouvé confronté le gouvernement français en 1977 à l'égard de l'adoption de la loi du 6 janvier 1978: « Comment afficher une intervention gouvernementale dans le domaine des libertés

79 Pour quelques exemples particulièrement emblématiques au sein d'un océan de références: Alexandre SOLJENITSYNE publie en Occident son roman *L'Archipel du goulag* en 1973. *Le système totalitaire* d'Hannah ARENDT paraît en France dès 1972.

80 LINHARDT Dominique, « La « Question informationnelle », éléments pour une sociologie politique des fichiers de police et de population en Allemagne et en France (années 1970 et 1980) », *Déviance et Société*, 2005/3 Vol. 29, p. 263: « Nous sommes aujourd'hui sensibles à un problème qui jusqu'au début des années 1970 n'en était pas un et qui s'est entre-temps réalisé comme problème. (...) La notion clef par le truchement de laquelle s'opère l'extension de la question informationnelle est celle du *contrôle social*. La notion fut forgée comme un outil conceptuel permettant de repérer une *fonction policière* sous-jacente à un grand nombre d'institutions, même si elles ne sont pas explicitement répressives. Sous l'angle du contrôle social, la police n'est plus seulement l'affaire du policier et du gendarme. Le travailleur social, le professeur de collège et le médecin, ou les parents et les contrôleurs dans les trains font tous rouages dans la vaste entreprise de mise en conformité des individus à ce que le pouvoir attend d'eux. A la fin des années 1960, au début des années 1970, le contrôle social apparaît relever de tous les secteurs de l'administration publique, jusqu'à devenir un principe unificateur permettant de donner un sens à l'État dans son ensemble ».

81 Ainsi, son ouvrage emblématique *Surveiller et punir. Naissance de la prison* paraît en 1975; le premier volume de sa trilogie consacrée à l'histoire de la sexualité, *La volonté de savoir*, paraît en 1976. Son influence se fait également sentir au travers de ses cours au Collège de France sur la problématique du contrôle social: *Il faut défendre la Société* (1975-1976) et *Sécurité, territoire, population* (1977-1978).

82 DEMUNCK Vincent, *La naissance de la CNIL. Étude d'une modification de l'action politique en France*, Mémoire de DEA sous la direction du professeur Bastien FRANÇOIS, Paris I, 2006, pp. 47-53.

83 BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 1998, p. 31.

84 Également appelé à tort Prix Nobel de l'économie, en dépit de son caractère fondamentalement distinct de l'institution fondée par Alfred Nobel.

85 FRIEDMAN Milton, *Inflation et systèmes monétaires*, Calmann-Lévy, 1976, p. 261, cité par DEMUNCK Vincent, *La naissance de la CNIL. Étude d'une modification de l'action politique en France*, Mémoire de DEA sous la direction du professeur Bastien FRANÇOIS, Paris I, 2006, pp. 58-59.

individuelles (...) tout en se montrant le défenseur des dites libertés »<sup>86</sup>.

Cette dynamique générale se trouve confirmée et étayée par le développement dans la littérature, notamment *1984* de Georges Orwell, et dans le cinéma de science-fiction. En effet, à partir des années 1960, l'industrie audiovisuelle comme la littérature de science-fiction connaissent un essor tant à travers la multiplication de romans d'anticipation que dans le succès connu par des films adaptés de ces romans. Le développement de cette tendance culturelle a contribué à sensibiliser un large public à la thématique des dangers de la technologie. La doctrine anglo-saxonne souligne d'ailleurs très tôt l'impact du film « *2001, l'Odyssée de l'espace* »<sup>87</sup>, dans lequel l'ordinateur, *Hal 9000* dans la version anglaise, *CARL* dans la version française, constitue le modèle d'une intelligence artificielle supérieure à l'être humain<sup>88</sup>. Une telle évocation n'a rien d'anecdotique dans le cadre de ce sujet, dans la mesure où les références à la science-fiction abondent dans les documents de l'époque relatifs au droit des données personnelles comme dans les débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi dite « informatique et libertés »<sup>89</sup>. Plus fondamentalement, ces références aux œuvres de science-fiction mettant en scène le pouvoir des machines sur l'homme par des procédés d'intelligence artificielle alimentent une certaine façon, de plus en plus répandue, de percevoir l'informatique. Ainsi, le professeur Jean Frayssinet résume et illustre une telle conception lorsque, s'interrogeant sur les objectifs de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, il commente ainsi son préambule : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen » pose l'objectif (et le principe) fondamental ; la formule condense toute la problématique : de l'homme ou de l'ordinateur, lequel doit être subordonné à l'autre ? »<sup>90</sup>.

Cette peur de l'informatique se comprend au regard du contexte socio-culturel entourant l'adoption de cette loi. Mais si l'on se positionne dans ce débat en adoptant une grille de lecture non pas politiste mais publiciste, en ayant à l'esprit que l'on évoque une police administrative spéciale, la perspective change : il ne viendrait à personne l'idée de considérer que la police administrative spéciale des armes à feu pose le problème de la subordination de l'homme au procédé technique même de l'arme à feu. C'est donc bien qu'il existe une tendance culturelle à ressentir une certaine forme de crainte pour les procédés informatiques, tendance se traduisant par la vivacité, toujours forte, de ce courant de la science-fiction tant en littérature qu'au cinéma<sup>91</sup>.

86 Ce parallèle est relevé par Vincent DEMUNCK, préc., p. 59.

87 *2001, l'Odyssée de l'espace (2001: A Space Odyssey)* est un film anglo-américain de science-fiction réalisé par Stanley Kubrick, sorti en 1968. Son scénario s'inspire de plusieurs nouvelles écrites par Arthur C. Clarke.

88 BENNETT J. Colin, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 1992, p. 22.

89 Ainsi, lors de la première séance solennelle à l'Assemblée pour l'adoption de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Raymond FORNI cite Georges ORWELL et Alain PEYREFITTE Aldous HUXLEY: JORF 5 octobre 1977, débats parlementaires à l'Assemblée Nationale, 1<sup>ère</sup> session ordinaire de 1977-1978, compte rendu intégral – 2<sup>ème</sup> séance, 1<sup>ère</sup> séance du mardi 4 octobre 1977 relative à la Loi sur l'informatique et les libertés. Une telle évocation est d'autant moins anecdotique que de manière générale, il n'est guère d'écrits consacrés au droit des données personnelles qui, à un moment où à un autre, ne fassent allusion au moins au roman *1984* de Georges ORWELL...

90 FRAYSSINET Jean, « L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *RRJ*, 1989-4, p. 904.

91 Pour s'en tenir aux œuvres les plus connues, il est possible de recenser comme représentatives de ce courant, en plus de celles déjà citées :

1) La série des *Robots* de l'écrivain Isaac ASIMOV, dont la publication a commencé aux États-Unis dès 1950 pour ne finir qu'en 1986. Elle met en scène pour la première fois à notre connaissance les problèmes relatifs à la création par l'homme de machines dotées d'intelligence et potentiellement, de conscience.

2) La série des *Berserker*, de l'écrivain américain Fred SABERHAGEN, parue aux États-Unis entre 1967 et 1979, disponible en langue française aux éditions L'Atalante (édition de 2001). Cette série de nouvelles est particulièrement emblématique car elle a directement inspiré le film *Terminator*. Elle met en scène la lutte entre des vaisseaux spatiaux dotés d'une intelligence artificielle, les *Berserkers*, avec l'humanité.

Cette peur trouve sa justification dans la perception du potentiel totalitaire d'un usage non réglementé de cette technique, à l'identique des procédés de communication au public<sup>92</sup>. Cette peur du basculement vers un procédé totalitaire trouve d'ailleurs un terreau particulièrement favorable dans une France qui commence à revenir sur les pratiques du régime de Vichy. Ainsi, il existe un contexte historique spécifique lié au sort des juifs durant la seconde guerre mondiale et rendant en France la question du fichage particulièrement sensible<sup>93</sup>. *A contrario*, le grand nombre d'affaires portées plus récemment devant la CEDH et impliquant la condamnation des méthodes de contrôle social du régime de Ceausescu tendent à confirmer, s'il était besoin, le fort potentiel totalitaire du procédé informatique<sup>94</sup>.

L'ensemble de ces tendances culturelles, philosophiques et économiques très rapidement évoquées constitue un terreau fertile à la représentation de l'informatique comme d'un instrument augmentant le pouvoir d'un État perçu, pour des motifs divers, comme oppresseur. Instrument très majoritairement aux mains de l'État en raison de son coût à l'époque, l'informatique, au travers de cette représentation, a ainsi cristallisé les contestations latentes ou exprimées d'un pouvoir étatique perçu comme menaçant pour la société et l'individu. La constitution de cette représentation néfaste de l'informatique a elle-même fait l'objet d'une systématisation et d'une cristallisation dans le discours de la science politique avec la thèse du professeur André Vitalis<sup>95</sup>, qui constitue le premier ouvrage d'ensemble sur le sujet et analyse, résume et systématise l'ensemble des représentations néfastes de l'informatique<sup>96</sup>.

3) De manière plus anecdotique, dans le film *Alien, le huitième passager* du réalisateur Ridley SCOTT, sorti en 1979, le rôle potentiellement menaçant de l'informatique apparaît dans les décisions autonomes prises par l'ordinateur de bord appelé « Maman » et l'officier scientifique *Ash*, dont on apprend en cours de film qu'il s'agit d'un androïde.

4) Plus directement, cette crainte de l'informatique et de la télématique a été mise en scène dans la trilogie des *Terminator*, de James CAMERON, dont le premier *opus* est sorti au cinéma, de manière ironique, en 1984. Toute l'intrigue est liée à la prise de pouvoir par le réseau *Skynet*, système de défense antimissiles américain. Les auteurs de ce film se sont largement inspirés de l'ancêtre d'internet, le réseau ARPANET, alors dédié à des opérations de défense aux États-Unis.

5) Enfin, la trilogie contemporaine des *Matrix* d'Andi et Lana WACHOWSKI actualise cette crainte de l'informatique en l'adaptant à l'internet tel que nous le connaissons actuellement.

92 A cet égard, un exemple assez significatif du potentiel totalitaire de certaines techniques nous est donné par l'usage de la radiophonie dans la diffusion de la propagande nazie, durant l'entre-deux guerres.

93 PRÉLOT Pierre-Henri, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette Supérieur, 2007. L'auteur, pour introduire ses développements relatifs au droit de la protection des données personnelles, rappelle cette sensibilité particulière p. 184: « La mémoire douloureuse du fichage des juifs et de l'obligation du port de l'étoile jaune, préludes à la déportation massive, ont longtemps fait peser en France, après 1945, une méfiance extrême à l'encontre de tout procédé permettant la conservation de renseignements personnalisés ». Sur la question, voir également de manière plus générale, CRETTEZ Xavier et PIAZZA Pierre (dir.), *Du papier à la biométrie, identifier les individus*, actes du colloque organisé par le CARPO, Centre d'analyse et de régulation du politique, en avril 2004 à l'Université de Versailles-Saint-Quentin, Presses de Sciences-po, 2006. Pour un traitement spécifique de cette question du point de vue d'un historien, voir BRUTMANN Tal, « Le « juif » comme catégorie juridique : les administrations et l'identification des juifs sous Vichy », in AÏDAN Géraldine et DEBAETS Émilie, *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, 2013, pp. 125-138.

94 Pour un exemple récent de constat de violation des droits de l'homme par la *Securitate* par des moyens informatiques, voir CEDH, 24 septembre 2013, *Antoneta Tudor c/ Roumanie*, n° 23445/04. Toutefois, l'arrêt le plus représentatif à notre avis est l'arrêt CEDH, gr. ch., 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, n° 28341/95, CEDH 2000-V (voir *infra*, Deuxième partie, titre 1), et ce tant par le portrait général des méthodes totalitaires de l'ex-régime roumain qu'il dépeint, que par son apport à la matière du droit des données personnelles.

95 VITALIS André, *Informatique, pouvoir et libertés publiques*, thèse, Rennes, 1979.

96 Il faut d'ailleurs souligner le souci constant d'actualité de cet auteur, telle qu'il transparaît dans un ouvrage récent : MATTELART Armand et VITALIS André, *Le profilage des populations : du livre ouvrier au cybercontrôle*,

Le succès de cette dernière dans le champ de la science politique et, au delà, dans celui de la science juridique, voire au delà du seul cercle universitaire, entérine durablement la surreprésentation d'un seul aspect des enjeux du droit des données personnelles: la protection de la personne fichée. Ce travail de recherche prolonge et diffuse la conception néfaste de l'informatique dans la société française en général et, plus particulièrement, au sein de la doctrine juridique française. L'accent qui y est mis sur la problématique de la défense des droits et libertés fondamentales de la personne fichée comme facteur de limitation de l'informatique ne se justifie pas par une ignorance de l'enjeu de développement de l'informatique. Bien au contraire, c'est la perception aiguë de l'auteur selon laquelle au sein de la loi du 6 janvier 1978, le développement de l'informatique constitue l'objectif premier, qui motive chez lui la volonté de remettre en avant une question selon lui insuffisamment perçue en terme de protection des droits fondamentaux des personnes physiques<sup>97</sup>. Si, en sociologie et en science politique à partir des années 1990 apparaissent des travaux universitaires contestant la représentation mythologique soit de la loi dite « informatique et libertés », soit de la CNIL<sup>98</sup> ou, à tout le moins, en proposant une analyse plus équilibrée<sup>99</sup>, ils ne permettront pas de contrebalancer l'influence de la thèse initiale du professeur Vitalis dont la large audience a permis d'entériner une conception partielle et déformée des raisons de l'adoption de la loi du 6 janvier 1978. Un auteur résume cette conception comme suit: « La loi du 6 janvier 1978 est d'abord une réponse à la menace qu'une partie de l'opinion avait pressentie en 1974, avec le projet *Safari*, d'une large informatisation de l'administration »<sup>100</sup>. Empruntant même au champ lexical du religieux, le rappel de ce fait divers est rehaussé au rang de « genèse de la loi n° 78-17 »<sup>101</sup> et, en tout état de cause, figure dans la totalité des écrits consacrés au sujet comme phénomène justifiant en France directement l'adoption de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>102</sup>.

Selon cette conception, la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés aurait pour origine la volonté du législateur de prémunir le peuple contre les dangers de l'informatique, matérialisés en l'espèce par un article de presse révélant un projet de création par le ministère de l'intérieur d'une base de données globales. L'ensemble des écrits en la matière présente ainsi comme un enchaînement logique la parution dans le quotidien *Le Monde* du 21 mars 1974 de l'article du journaliste Philippe Boucher intitulé « SAFARI ou la chasse aux français », le tollé que cet article a suscité en révélant l'étendue du projet ministériel et l'adoption corrélative – quatre ans plus tard – d'une loi afin de permettre d'endiguer pour l'avenir de telles dérives

La Découverte, 2014.

97 VITALIS André, *op. cit.*, p. 479: « Jusqu'à présent, aucun choix clair n'a été effectué pour éviter que l'informatique ne porte atteinte à l'autonomie individuelle. En voulant à la fois protéger les libertés mais ne pas entraver le développement d'une technique de pointe, en voulant en orienter l'utilisation mais en même temps en assurer la promotion, les Pouvoirs Publics se sont privés, en fait, de la possibilité d'un véritable contrôle. *Ce sont, en définitive, des considérations économiques* – la crainte de ne pas pénaliser une industrie d'avant-garde, les impératifs de compétitivité internationale – *qui tiennent la première place dans l'ordre des priorités*. Toujours est-il que *le caractère second de l'effort de protection des libertés individuelles*, limite considérablement son intérêt ».

98 DEMUNCK Vincent, préc.

99 ROBERT Pascal, *L'impensé informatique (Au miroir du quotidien « Le Monde » -1972/1980)*, Thèse de sociologie, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1994.

100 MAISL Herbert, « État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *RIDC*, 3-1987, p. 567.

101 CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet*, Montchrestien, 2010, p. 15.

102 Il n'existe à notre connaissance aucun écrit sur le sujet qui n'emploie ce fait divers comme fait justificatif de l'adoption du premier instrument français relatifs aux traitements de données personnelles. De ce fait, une recension de toutes ses occurrences dans la présente note entraînerait l'inconvénient de citer dans cette seule note la quasi totalité des références indiquées dans la bibliographie.

liberticides. Cette conception est tellement prégnante qu'il n'existe véritablement pas à notre connaissance d'études sur le sujet qui ne débute pas par son exposé comme motif unique de l'adoption en France du premier instrument relatif aux données personnelles.

Une telle conception encourt légitimement le qualificatif de mythologique en ce qu'elle s'apparente plus au sens sociologique du terme à un récit sacré de l'origine du monde qu'à une description de la réalité historique factuelle. En l'espèce, cette mythologie conduit à une survalorisation du rôle de l'État en tant que défenseur des droits de l'homme et des libertés qui tend à occulter l'intégralité des enjeux en présence.

Dans la dénonciation des dangers de l'informatique qu'elle opère, cette thèse sera prolongée par un certain nombre de travaux relevant de la science politique et dénonçant périodiquement les dangers de l'informatique<sup>103</sup>, entretenant ainsi un terreau favorable à la sur-représentation de la fonction de garantie des droits et libertés de la personnes fichée du droit des données personnelles. La persistance dans le temps d'un tel déséquilibre dans l'identification des fonctions du droit des données personnelles explique, par là même, la réponse insatisfaisante apportée par la doctrine quant à la détermination de la nature de ce droit, en ce qu'elle se trouve basée sur des prémices incomplètes.

Cette conception mythologique du droit des données personnelles trouve un fondement juridique dans une lecture sélective de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978. Une telle lecture conduit à ignorer les deux premières phrases prescrivant respectivement que l'informatique soit mis au service de chaque citoyen et son nécessaire développement dans le cadre de la coopération internationale, pour ne retenir que la troisième, prescrivant que l'informatique ne doit pas porter atteinte à l'ensemble des droits et libertés de la personne<sup>104</sup>. Une telle lecture peut alors justifier que le droit des données personnelles soit conçu exclusivement comme une « liberté publique »<sup>105</sup>, l'article premier de la loi du janvier 1978 énonçant alors « sans ambiguïté sa finalité première: la sauvegarde des droits fondamentaux »<sup>106</sup>. Dans cette optique, la CNIL est conçue explicitement comme un contre-pouvoir chargé exclusivement de la protection de la personne fichée<sup>107</sup>.

103 Voir notamment, parmi une littérature particulièrement abondante sur le sujet: YAGIL Limore, *Internet et les droits de la personne*, Cerf, 2006 ; CRETTEZ Xavier et PIAZZA Pierre (dir.), *Du papier à la biométrie, identifier les individus*, actes du colloque organisé par le CARPO, Centre d'analyse et de régulation du politique, en avril 2004 à l'Université de Versailles-Saint-Quentin, Presses de Sciences-po, 2006 ; MATTELART Armand, *La globalisation de la surveillance*, La Découverte, 2007 ; BIAGINI Cédric et CARNINO Guillaume (dir.), *La tyrannie technologique*, éditions L'échappée belle, 2007; ALBERGANTI Michel, *Sous L'Oeil Des Puces. La Rfid Et La Démocratie*, Actes Sud, 2007 ; MATTELART Armand et VITALIS André, *Le profilage des populations : du livre ouvrier au cybercontrôle*, La Découverte, 2014.

104 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 1<sup>er</sup>: « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

105 LENOIR Noëlle, « Informatique et libertés », *Déviance et société*, 1984 - Vol. 8 – n°3, p. 309: « La protection des données y est conçue comme une liberté publique, ainsi qu'en témoigne l'article premier qui dispose que « l'informatique ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques » ».

106 AMBLARD Philippe, *Régulation de l'Internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, thèse, Bruylant, Cahiers du CRID n° 24, 2004, p. 194. Du reste, l'opinion provenant de cet auteur s'avère déroutante en raison de la coexistence de cette hypothèse inexacte avec, à la page suivante de son ouvrage précité, une considération extrêmement précise de l'intérêt général attaché au développement de l'informatique.

107 LUCAS André, *op. cit.*, p. 176: « La CNIL, qui a été conçue comme « l'organe de la conscience sociale face à l'emploi de l'informatique », et qui s'affirme elle-même comme le « mandataire légal des citoyens dans la défense de leurs libertés individuelles et publiques, et des droits qui en découlent », devait donc se voir assigner cet objectif ambitieux » ; RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*,

Une telle conception a pu également être renforcée à l'occasion de l'adoption des premiers textes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe et des Communautés européennes sur le sujet. Ainsi, pour certains, la « protection de l'individu face aux dangers de l'informatique est une fin en soi pour le législateur français. En revanche, pour le droit communautaire, la protection des personnes n'est que la conséquence du principe de libre circulation. Elle trouve son origine dans la volonté qu'aucun État membre ne puisse se retrancher derrière les nécessités de la protection de la vie privée pour se soustraire au principe de libre circulation »<sup>108</sup>. Si l'analyse des motivations communautaires est pertinente en l'espèce, sa mise en perspective avec les intentions supposées angéliques du législateur français aboutit à la même lecture déformée de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978. Il convient toutefois de souligner que cette lecture a pu être le fait même de la CNIL, dans le cadre de ses rapports annuels d'information. Ainsi, à l'occasion des premiers débats au sein des institutions communautaires portant sur l'élaboration d'un instrument communautaire de protection des données, cette dernière a pu dénoncer le « point de vue presque exclusivement économique » ; la protection apparaissant « plus comme une condition du développement économique que comme une réponse aux menaces d'un fichage accru et mieux outillé fait peser sur les autonomies individuelles »<sup>109</sup>.

Peu d'auteurs, en comparaison, tentent de justifier cette cécité partielle, sans pour autant être convaincants. Ils s'appuient pour ce faire sur les maladresses supposées du législateur pour dénier aux deux premières phrases toute portée juridique. Outre qu'une telle opération revient à réécrire la loi en lieu et place des titulaires de la souveraineté nationale, la légitimité même de l'opération, eu égard à d'illustres précédents<sup>110</sup>, s'avère sujette à caution. Ainsi, pour certains, cet article 1<sup>er</sup> « déclaratoire, finaliste, présente une formulation maladroite mais traduit la volonté législative d'assurer un large champ de protection des individus, recouvrant de multiples droits et libertés, en cas d'atteintes via un procédé informatique »<sup>111</sup>. Si l'on peut être d'accord avec le caractère perfectible de la formulation retenue par le législateur, la véritable maladresse n'est pas celle que croit y déceler cet auteur mais bien plutôt celle de trop mettre l'accent sur la fonction de protection des droits et libertés de la personne fichée et, ce faisant, de méconnaître l'objectif premier de cette loi: le développement de l'informatique. Une tel oubli s'appuie sur celui réalisé par un autre auteur ayant distingué les articles 1<sup>er</sup> des lois du 30 septembre 1986 et du 6 janvier

*op. cit.*, 1990, p. 603: « Le traitement automatisé de données personnelles n'est qu'un aspect du combat de l'individu contre le pouvoir » ; DU MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science-Po et Dalloz, 2004, pp. 515-516: « La CNIL. Il est intéressant à son égard de noter qu'initialement créée pour la protection d'une liberté, la CNIL joue aujourd'hui un rôle croissant de régulation économique. Elle suit en cela le développement de la valorisation commerciale des données personnelles sur Internet ».

108 LETTERON Roseline, « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *op. cit.*, p. 186. Cet auteur exprime de manière plus percutante ce qu'avait seulement laissé sous entendre plusieurs années auparavant le professeur Jacqué, comparant la convention n°108 du Conseil de l'Europe avec la loi n° 78-17 du janvier 1978. A cet égard, voir JACQUÉ Jean-Paul, « Droit international public et informatique », *in Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983, p. 129: « On est donc dans un champ très voisin de la législation française, Informatique et Libertés. Mais ce régime, comme étant un préalable, n'est là que pour permettre la libre circulation des données. Car le second objectif de la convention, c'est qu'entre États ayant accepté les mêmes obligations, les données puissent circuler librement sans aucun contrôle. Dès lors que toutes les parties sont liées par le même régime, en ce qui concerne les données individuelles, la circulation est tout à fait libre ».

109 CNIL, 11<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1990, p. 48.

110 Tel nous semble le cas de l'opinion maintenue jusqu'à la décision *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel de ne pas donner de valeur juridique au préambule de la Constitution de 1958....

111 CASTETS-RENARD Céline, *op. cit.*, p. 14.

1978 en considérant que l'article 1<sup>er</sup> de la première constituait un « article premier emblématique », formulant « les principes inspirateurs et directeurs de la loi », tandis que l'article 1<sup>er</sup> de la seconde constitue un « article premier finaliste » indiquant « les finalités de loi »<sup>112</sup>. Mais les faits sont têtus et, en droit positif, ces deux articles ont la même valeur et la même portée, et ce indépendamment de l'intention supposée de leurs auteurs respectifs.

### *B/ En droit international : une prise en compte ambivalente*

A l'inverse du droit interne, il n'existe pas en droit international de parti pris dominant aussi vivace qu'en droit interne en faveur d'un des enjeux du droit des données personnelles. Mais la situation y est plus ambiguë car si les textes internationaux en la matière énoncent de manière pondérée l'existence de deux enjeux, prenant en compte les intérêts tant de l'auteur des traitements de données que ceux de protection de la personne fichée (1), le parti-pris en faveur de la personne fichée, observable en droit interne, se retrouve dans la jurisprudence de certains cours ainsi que, de manière plus symbolique, dans l'intitulé des autorités de contrôle (2).

#### **1) L'esprit de pondération des instruments relatifs aux données personnelles**

Cette ambivalence est littéralement constitutive du droit international des données personnelles et empêche de considérer l'internationalisation de ce droit comme motivée par la seule volonté de protéger les droits et libertés des personnes fichées. En effet, l'internationalisation des instruments relatifs aux droits et libertés fondamentales traduit généralement la volonté d'assurer une meilleure garantie de ces droits, en instaurant des instruments juridiques hors de portée des législateurs nationaux. Dans ces instruments internationaux tels que la DUDH, les Pactes internationaux (PIDCP et PIDESC) ou la CESDH, la protection de ces droits est considérée comme un objectif *per se* de l'instauration de ces instruments. Or, ces caractéristiques générales de la protection internationale des droits et libertés fondamentales ne permettent pas en tant que telles de saisir l'ensemble des enjeux poursuivis par le droit des données personnelles. En effet les instruments internationaux relatifs aux données personnelles se caractérisent par une approche équilibrée entre la protection de la personne fichée et les intérêts légitimes de l'auteur d'un traitement de données<sup>113</sup>.

Une telle volonté de conciliation est particulièrement explicite dans la formulation des *Lignes directrices régissant la question de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* adoptées par l'OCDE le 23 septembre 1980<sup>114</sup>. Elle se retrouve telle quelle dans le premier instrument international de droit positif consacré au sujet qu'est la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, adoptée par le Conseil de l'Europe le 28 janvier 1981<sup>115</sup>. Les directives communautaires

112 ROUHETTE Georges, « L'article premier des lois », in Nicolas MOLFESSIS(dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, pp. 46-47.

113 Sur cette tension palpable dans les instruments internationaux relatifs aux données personnelles entre d'une part la protection de la personne fichée et d'autre part la libre circulation de l'information, voir HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, précité, p. 491.

114 Recommandation du Conseil concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel du 23 septembre 1980: « Le Conseil (...) reconnaissant: que, bien que les législations et politiques nationales puissent différer, il est de l'intérêt commun des pays Membres de protéger la vie privée et les libertés individuelles et de concilier des valeurs à la fois fondamentales et antagonistes, telles que le respect de la vie privée et la libre circulation de l'information ».

115 Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère

relatives au droit des données personnelles adoptées à partir du milieu des années 1990<sup>116</sup> ne font pas autre chose, en ayant pour objet explicite dans leur intitulé aussi bien que dans leurs dispositions de permettre la coexistence de ces deux intérêts contradictoires.

Cette volonté de conciliation est source d'ambivalence. En effet, les premiers instruments adoptés au début des années 1980 dans le cadre de l'OCDE et du Conseil de l'Europe partagent en apparence une philosophie de départ différente : la libéralisation du commerce des services pour la première, la protection de la personne fichée pour la seconde. Mais les deux textes en question aboutissent à présenter des mesures identiques ou, à tout le moins, d'effet équivalent en tous points. Cette ambivalence se retrouve dans les premiers instruments communautaires en la matière, et notamment celui qui constitue encore à ce jour le socle de base de l'essentiel de notre droit interne, la directive 95/46 adoptée le 24 octobre 1995. En effet, en dépit de l'objectif affiché dès son intitulé et dans son préambule de protéger les droits fondamentaux de la personne fichée, son fondement juridique est, de manière totalement dépourvue d'ambiguïté, l'ex article 95 TCE relatif à la constitution du marché intérieur.

Ainsi, à l'exception de la récente Charte des droits fondamentaux de l'UE, les instruments internationaux ayant pour objet direct ou indirect le droit des données personnelles n'ont jamais eu pour objectif unique et *per se* d'aboutir à une plus efficiente protection des droits fondamentaux. Bien au contraire, ils révèlent tous une volonté de conciliation entre ces deux objectifs propres à l'informatique et reconnus aussi légitimes l'un que l'autre au niveau international: la protection des droits fondamentaux des personnes fichées d'une part, la libre circulation de l'information d'autre part. C'est d'ailleurs bien la difficulté d'une telle opération qui justifie que l'adoption du futur instrument général relatif au droit européen des données personnelles<sup>117</sup> prenne autant de temps devant les instances de l'Union : initiée en janvier 2012, cette proposition de règlement ne devrait pas aboutir avant le début de l'année 2015.

Dans ces conditions, une approche du droit des données personnelles réduite au seul droit de la protection des données personnelles et, donc, des droits et libertés fondamentales du fiché,

personnel, Strasbourg, 28 janvier 1981, Préambule:

« Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires de la présente Convention,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, dans le respect notamment de la prééminence du droit ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Considérant qu'il est souhaitable d'étendre la protection des droits et des libertés fondamentales de chacun, notamment le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel faisant l'objet de traitements automatisés;

Réaffirmant en même temps leur engagement en faveur de la liberté d'information sans considération de frontières;

*Reconnaissant la nécessité de concilier les valeurs fondamentales du respect de la vie privée et de la libre circulation de l'information entre les peuples ».*

116 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOUE* L 281 du 23.11.1995, p. 31 ; Directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, *JOUE* n° L 024 du 30/01/1998 p. 1 ; Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»), *JOUE* du 31 juillet 2002, p. 42.

117 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final.

aboutit à une perception faussée des raisons de cette internationalisation.

Ce contresens tient à ce que la loi française aurait pour objet la protection des droits fondamentaux des personnes fichées alors que la directive communautaire aurait comme « objet essentiel (...) d'assurer la libre circulation des données à caractère personnel, dans le cadre de la réalisation du marché intérieur »<sup>118</sup>. Il y aurait pour ainsi dire une opposition entre la pureté supposée des intentions du législateur français, exclusivement centrée sur la protection des droits du fiché, et l'optique exclusivement économique adoptée par l'Union européenne<sup>119</sup>. Une telle conception se trouve directement issue des débats parlementaires intervenus en 1993 à l'occasion de la discussion par l'Assemblée nationale de la première proposition de résolution en application de l'article 88-4 de la Constitution qui visait à apprécier au regard de la position française le projet communautaire de ce qui deviendra la directive 95/46 du 24 octobre 1995. Si, au fond, la résolution qui en est issue n'adresse au projet de directive que des critiques nuancées, tel n'a pas été le cas des débats précédant son adoption. A cet égard, une intervention de Maurice Ligot, rapporteur pour avis de la délégation pour les Communautés européennes, est emblématique du caractère répandu d'un tel contresens: « toute intervention communautaire effectuée au nom de la réalisation du marché intérieur risque de déboucher sur l'assimilation des données informatisées à de simples marchandises. Le seul objectif d'assurer la libre circulation des données informatisées est en contradiction avec la tradition française consistant à octroyer une protection particulière et un statut spécifique aux données à caractère personnel »<sup>120</sup>. Une telle opinion permet alors de généraliser une vision manichéenne au terme de laquelle il existerait entre les instruments internationaux et nationaux de protection des données une différence de point de vue, les premiers s'inscrivant dans la poursuite du Marché intérieur, les seconds dans une démarche de protection *per se* de la personne fichée<sup>121</sup>. Dans cette optique, le recours à la théorie des droits fondamentaux ne permet pas de justifier une internationalisation des instruments relatifs aux données personnelles, étant donné que ceux-ci sont clairement adoptés au moins pour partie dans un but radicalement étranger à la protection des droits et libertés de la personne fichée.

Il a fallu attendre l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et son article 8 pour que soit consacré un texte international dédié sans aucune ambiguïté à la seule protection de la personne fichée. En effet, cet article, faisant écho à l'article 16 du TFUE, proclame un droit fondamental à la protection des données personnelles<sup>122</sup>. Cette tardiveté s'explique par le caractère relativement récent de la transformation, tout au long des années 1990, du projet européen d'une union douanière au sens de l'article XXIV du GATT à une union politique.

## **2) Une promotion institutionnelle et prétorienne de la protection de la personne fichée**

Les autorités de contrôle des traitements de données personnelles, dans leur intitulés, ainsi que certaines autorités juridictionnelles, dans leur jurisprudence, entretiennent l'idée selon laquelle le

118 LETTERON Roseline, « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, n° 11, janvier-février 1995, p. 186.

119 LETTERON Roseline, *op. cit.*, p. 186: Cet auteur en déduit que « la protection de l'individu face aux dangers de l'informatique est une fin en soi pour le législateur français. En revanche, pour le droit communautaire, la protection des personnes n'est que la conséquence du principe de libre circulation ».

120 Débats parlementaires à l'Assemblée Nationale, seconde session ordinaire de 1992-1993, Compte-rendu intégral – 73ème séance, 1ère séance du vendredi 25 juin 1993, *JORF* 25 juin 1993, p. 2287.

121 BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 1998, p. 33.

122 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 1.

droit des données personnelles aurait pour objet exclusif la protection des droits et libertés de la personne fichée, quand cela n'est pas réduit à sa seule vie privée.

Cette tendance s'exprime d'abord de manière symbolique dans le choix d'intitulés réducteurs pour désigner les autorités de contrôle du droit des données personnelles tant en droit de l'UE qu'au sein d'États francophones. Ainsi, l'autorité chargée du contrôle du respect par les institutions européennes du droit des données personnelles, qu'elle soit interne ou externe à la personne contrôlée, se nomme soit « délégué à la protection des données », soit « contrôleur européen de la protection des données »<sup>123</sup>. Dans le même esprit, l'autorité consultative instituée par l'article 29 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995, à laquelle participent tous les contrôleurs nationaux, a pour nom « Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel »<sup>124</sup>. Or, au moins pour le « Contrôleur européen de la protection des données », l'intitulé nie d'emblée la dualité de sa fonction. En effet, cette dernière consiste dans le contrôle de l'application par les institutions de l'Union européenne du règlement n° 45/2001 du 18 décembre 2000<sup>125</sup>. Or, ce dernier a pour but d'imposer aux institutions de l'Union deux obligations dans le cadre d'un traitement de données personnelles: d'une part, « la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée » et, d'autre part, qu'elles « ne restreignent ni n'interdisent la libre circulation des données à caractère personnel entre eux ou vers des destinataires relevant de la législation nationale des États membres adoptée en application de la directive 95/46/CE » (article 1-1). Les dénominations officielles des autorités de contrôle européennes peuvent donc être trompeuses.

Un tel préjugé en faveur de la seule protection de la personne fichée se trouve d'ailleurs encore encouragé par la dénomination de certaines autorités de contrôle d'États étrangers francophones. L'objet de ces autorités, tel qu'il ressort de leur titre, semble alors n'être que celui de la protection des données personnelles<sup>126</sup>, voire de la seule protection de la vie privée<sup>127</sup>, alors que leur rôle de conciliation entre les intérêts des personnes fichées et celui des auteurs de traitements est comparable à celui de la CNIL. A cet égard, rares sont les exemples étrangers d'autorités de contrôle ayant un intitulé aussi neutre que l'autorité française<sup>128</sup>. La vigueur de ce préjugé au sein des États francophones justifie que l'instrument de la CEDEAO relatif à l'encadrement des traitements de données personnelles soit sensé n'être relatif qu'à la protection des données personnelles dans son intitulé<sup>129</sup> et à la protection de « la vie privée et professionnelle » dans son texte<sup>130</sup>, alors qu'il constitue pour le reste de ses dispositions un décalque des instruments de l'UE en la matière. Dans la mesure où la matière du droit des données personnelles est particulièrement internationalisée, une telle influence étrangère n'est pas à exclure, y compris pour la définition en droit français des enjeux du droit des données personnelles.

123 Règlement 45/2001, respectivement articles pour le délégué, articles 24 à 26, articles 41 à 48 pour le contrôleur.

124 Directive 95/46, article 29.

125 Règlement (CE) n° 45/2001, préc., article 1,2.

126 Au Luxembourg, cette autorité se nomme « Commission nationale pour la protection des données » ; en Suisse, on parle de « Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence » ; en Tunisie, cette autorité s'appelle « Instance nationale de protection des données à caractère personnel » et en Andorre, il s'agit de l' « Agència Andorrana de Proteccio de Dades ».

127 C'est le cas en Belgique où cette autorité a pour nom « Commission de protection de la vie privée », mais également au Canada, où l'autorité est intitulée « Commissariat à la protection de la vie privée du Canada ».

128 Voir par exemple le Maroc, qui connaît une « Commission nationale pour le contrôle des données à caractère personnel », ou Monaco, qui dispose d'une « Commission de contrôle des informations nominatives ».

129 Acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO, signé à Abuja le 16 février 2010.

130 *Ibid.*, article 2.

Cette tendance à la réduction du droit des données personnelles à la seule protection de la personne fichée est en outre entretenue par la jurisprudence de certains Cours comme la CEDH et la CJUE. Une telle conception est naturelle de la part de la CEDH, qui ne dispose *a priori* pas directement pas dans ses normes de contrôle d'instrument relatif aux traitements de données personnelles et doit donc utiliser pour cela le droit à la protection de la vie privée, tel qu'énoncé à l'article 8 de la CESDH<sup>131</sup>. Une telle conception est en revanche surprenante en droit de l'UE où, en dépit de l'existence d'instruments relatifs au droit des données personnelles, le juge opère assez fréquemment une telle réduction de ses enjeux à la seule protection des données personnelles, voire à la seule protection de la vie privée<sup>132</sup>.

131 Voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 1.

132 Voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 1.

## *Section 2 – Une clarification nécessaire des enjeux du droit des données personnelles*

Alors que le droit des données personnelles ne rend pas clairement compte de ses véritables enjeux et de leur articulation, les auteurs, parce qu'ils procèdent à une « une isolation clinique »<sup>133</sup> des enjeux de ce droit, se focalisent sur les seules dispositions relatives à la protection, méconnaissant également l'intégralité de ces enjeux (§1). Il convient pourtant de dépasser cette isolation clinique qui du reste n'existe pas au sein de ces instruments<sup>134</sup> et, prenant acte de l'autre enjeu du droit des données personnelles qu'est le libre développement de l'informatique, d'appréhender leur articulation, ce que permet le recours à la notion de police administrative spéciale, et c'est l'objet de cette thèse que de le démontrer (§2).

### **§1 – Une appréhension restrictive des enjeux du droit des données personnelles**

Le droit positif ne propose aucun concept juridique permettant de saisir l'ensemble des enjeux du droit des données personnelles. Cette carence n'a pas été comblée par les juristes qui ont manifestement opéré un très important travail sur des questions sectorielles<sup>135</sup> (A) mais se sont désintéressés d'un traitement global de la question, qu'ils soient publicistes (B) ou privatistes (C). Seuls certains auteurs économistes (D) tentent d'apporter une réponse à cette question, en ayant recours au concept de régulation.

#### *A/ En droit des données personnelles*

Les travaux portant sur le droit des données personnelles souffrent d'une limitation de leur objet empêchant une appréhension globale de la matière. Cette tendance restrictive s'exprime dans la production d'études en droit complètes sur des éléments ou des notions parties du droit des données personnelles<sup>136</sup>, d'études sur la relation entre le droit des données personnelles et un

133 L'expression fait référence à une option méthodologique adoptée par l'Organe d'appel (OA) de l'OMC dans le cadre de l'affaire ORD, États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996. A cette occasion, l'OA s'est appuyé sur l'article 3, 2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, qui dispose que « Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public.(...) ». L'OA innove dans cette décision en choisissant explicitement d'interpréter cette disposition comme permettant d'interpréter le droit de l'OMC à la lumière des règles coutumières du droit international public. Il considère ainsi que « cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public » (p. 19).

134 De manière caricaturale, en leur sein, il n'existe pas un premier titre consacré à la personne fichée et un second consacré au développement de l'informatique. L'ensemble des dispositions poursuivant ces deux fins est agencé de manière globalement indistincte, et ce quelque soit l'instrument étudié.

135 Pour des contributions récentes, voir PLESSIX Benoît et DEFFAINS Nathalie (dir.), *Fichiers informatiques et sécurité publique*, PUN – Éditions universitaires de Lorraine, 2013 et BOUHADANA Irène et GILLES William, *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique*, Les éditions Imodev, 2014.

136 LESAULNIER Frédérique, *L'information nominative*, thèse, Paris II, 2005 ; MAROT Pierre-Yves, *Les données et*

domaine juridique ou politique tiers<sup>137</sup> ou procédant à une analyse succincte d'éléments du droit des données dans le cadre d'une problématique plus vaste<sup>138</sup>, d'études limitées à un ordre juridique précis<sup>139</sup>.

Les analyses sont alors limitées à des considérations essentiellement pratiques<sup>140</sup>, de pure technique juridique et d'adaptation du droit aux évolutions des nouvelles technologies. Dans leur quasi-totalité, elles sont conduites par des praticiens<sup>141</sup>, intervenant en droit privé ou en droit pénal. A cet égard, il est possible d'observer un phénomène très net de non renouvellement de la doctrine: alors que la question « informatique et libertés » avait pu susciter l'adhésion et les analyses d'auteurs universitaires et/ou publicistes dans les années 1970 et 1980<sup>142</sup>, la continuation de ces analyses dans ce domaine précis n'a pas eu lieu. Une telle approche a comme conséquence l'isolement du droit des données personnelles des concepts du droit public.

Cette absence de conceptualisation du droit des données personnelles s'explique par l'occultation ou la sous-estimation de sa dualité, laquelle connaît deux variantes.

Tantôt les enjeux du droit des données personnelles ne sont généralement pas évoqués ou, à tout le moins, seulement de manière allusive. L'essentiel des efforts de la doctrine est reporté dans ce cas sur l'adaptation d'un droit déjà complexe à une réalité technique particulièrement mouvante. Ils s'apparentent plus à un exercice de prospective juridique qu'à une analyse strictement juridique de la matière<sup>143</sup>. Tantôt le droit des données personnelles est perçu comme porteur de deux enjeux nettement distincts: la protection de la personne fichée d'une part, le développement de l'informatique d'autre part. Les deux types d'enjeux sont alors clairement perçus, mais l'impact d'une conception du droit des données, focalisée uniquement sur la protection de la personne humaine, empêche la réflexion d'être menée à son terme. Ainsi, le professeur Herbert Maisl relève que: « La loi du 6 janvier se soucie de la défense de l'ensemble des

*informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, thèse, Nantes, 2007 ; EYNARD Jessica, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2011.

- 137 PORTEAU-AZOULAI Sophie, *Le pouvoir réglementaire de la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, thèse, Paris II, 1993 ; PREUSS-LAUSSINOTTE Sylvia, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 209, 2000 ; MARLAC-NÉGRIER Claire, *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, 2 volumes, thèse, PUAM, 2001 ; LEVALLOIS-BARTH Claire, *La protection européenne des données à caractère personnel et de la vie privée dans le contexte des réseaux et services de communications électroniques*, 2 volumes, thèse, Rennes I, 2003 ; LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, thèse, Montpellier I, 2008 ; DEMOULAIN Matthieu, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, thèse, Éditions Panthéon-Assas, 2012.
- 138 LETTERON Roseline, *L'administré et le droit à l'information*, thèse, Paris X Nanterre, 1987 ; FAUGÉROLAS Laurent, *L'accès international à des banques de données*, thèse, GLN éditions, 1989 ; MALLET-POUJOL Nathalie, *Commercialisation des banques de données*, thèse, CNRS Éditions, 1993 ; ROQUES-BONNET Marie-Charlotte, *La Constitution et l'Internet*, thèse, Toulouse I, 2008.
- 139 COUDRAY Ludovic, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne*, 2 volumes, thèse, Paris II, 2005.
- 140 BLANC-GONNET JONASON Patricia, *Protection de la vie privée et transparence à l'épreuve de l'informatique (Droit français, droit suédois et directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995)*, thèse, Paris XII, 2000 ; LACOSTE Jean-Marc, *Pour une pleine et entière reconnaissance du droit à la protection des données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2008 ; MATTATIA Fabrice, *La protection des données à caractère personnel face aux usages illicites, déloyaux et frauduleux*, thèse, Paris X, 2010.
- 141 L'essentiel de ces contributions contemporaines est le fait d'avocats, de membres actifs ou anciens de la CNIL ainsi que de juristes d'entreprise.
- 142 Au premier rang desquels il faut citer les professeurs Herbert Maisl, Jean Frayssinet et Jean-Jacques Lavenue.
- 143 Parmi une très abondante littérature, voir à titre d'exemple les ouvrages suivants: GIROT Jean-Luc (dir.), *Le harcèlement numérique*, Dalloz, 2005 ; LACOUR Stéphanie (dir.), *La sécurité de l'individu numérisé*, L'Harmattan, 2008 ; DESGENS-PASANAU Guillaume, FREYSSINET Éric, *L'identité à l'ère numérique*, Dalloz, 2009.

libertés face à l'informatisation, en privilégiant sans doute, à l'époque, comme dans d'autres pays, celle de la vie privée. Parallèlement, la loi organise un régime d'utilisation de l'informatique »<sup>144</sup>. Mais si la dualité des enjeux présents au sein du droit des données personnelles est ainsi reconnue par certains<sup>145</sup>, ces auteurs en prennent acte sans expliquer leurs rapports mutuels, certains réduisant la relation entre ces deux fonctions à un « imbroglio » facteur de complexification de la matière<sup>146</sup>. Pour ainsi dire, ces auteurs prolongent une certaine isolation clinique de ces deux enjeux là où le droit positif n'en établit pas. Ce faisant, ils s'interdisent d'imaginer une certaine complémentarité entre ces deux problématiques et rendent de ce fait impossible une analyse conceptuelle de l'ensemble du droit des données personnelles. Emblématique d'un tel état de prudence de la doctrine, est l'entrée « informatique et données à caractère personnel » dans le *Dictionnaire des droits de l'homme*, qui ne propose qu'une analyse matérielle de ces deux enjeux, en se gardant bien à aucun moment d'oser une qualification pour désigner le droit des données personnelles<sup>147</sup>.

## *B/ En droit public général*

En droit public général, le droit des données personnelles n'est abordé que de manière tronçonnée. Les ouvrages relatifs aux institutions administratives tentent de circonscrire le rôle de la CNIL (1) tandis que ceux relatifs aux droits et libertés fondamentales se concentrent sur l'apport du droit des données personnelles à la protection de la personne fichée (2). Dans un cas comme dans l'autre, ces approches ne permettent pas d'obtenir une vision d'ensemble du droit des données personnelles, et encore moins une idée précise de l'articulation de ses enjeux.

### **1) Dans les développements consacrés aux AAI**

Les analyses relatives au rôle de la CNIL aboutissent dans leur grande majorité à considérer la CNIL et ses équivalents internationaux comme des contre-pouvoirs chargés de protéger les droits et libertés fondamentales des personnes fichées<sup>148</sup>. Une telle position peut être nuancée par la

144 MAISL Herbert, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit public », *JCP*, 1983, I, 3101, §35.

145 BENSOUSSAN Alain (dir.), *Informatique Télécoms Internet*, *op. cit.*, p. 449. « Historiquement, la France s'est dotée en 1978 d'une loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés afin de concilier les droits des individus et la liberté de collecte des informations les concernant ».

146 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 57: « Il se pourrait alors que l'ordre juridique français fasse cohabiter deux types de règles. L'une tend à la protection des personnes, voire de la société démocratique, et justifie la qualification de droit fondamental tandis que l'autre vise à organiser les marchés de l'information personnelle. Les deux modes d'organisation ne sont pas hermétiques. Bien au contraire, ils interagissent entre eux, voire se confondent l'un l'autre dans un imbroglio juridique de nature à complexifier leur conciliation ».

147 RAYNAUD Julien, « Informatique et données à caractère personnel », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, pp. 523-528.

148 RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant - LGDJ, 1990, p. 595: « Après une dizaine d'années d'application des législations nationales ayant organisé le droit d'accès et de rectification, l'expérience semble révéler que le droit individuel d'accès offre aux intéressés une protection insuffisante parce que peu utilisée. L'organisation d'un « contre-pouvoir » informatique confiant à des entités collectives le contrôle du respect de la vie privée pourrait utilement suppléer la relative ineffectivité des droits individuels » et p. 596: « C'est aussi le motif pour lequel une pièce essentielle de la protection des citoyens contre le pouvoir informatique consiste en l'institution d'un organe soustrait au contrôle du pouvoir exécutif et chargé par le législateur de surveiller le respect de la loi. On peut citer à titre de modèle la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) instituée par la loi française du 6 janvier 1978 relative à

considération que la CNIL et ses équivalents tendent de plus en plus à s'éloigner de ce rôle initial pour opérer un rôle de « régulation des marchés »<sup>149</sup>, sans que pour autant ne soit expliquée une telle évolution.

Cette hypothèse d'un droit des données personnelles réduit à une fonction de protection de la personne fichée est directement étayée par les analyses doctrinales tendant à définir la notion d'AAI en fonction d'un domaine supposément privilégié d'intervention<sup>150</sup>. Deux options générales de catégorisation se font actuellement face au sein des ouvrages relatifs aux institutions administratives qui, toutes les deux à des degrés divers, contribuent à brouiller la dualité du droit des données personnelles. En effet, il existe parmi les auteurs publicistes une tendance à classer les AAI en fonction de leur domaine d'intervention privilégié. Une première option, binaire, consiste à ne distinguer que deux secteurs d'interventions: la protection des libertés<sup>151</sup> et la régulation de l'économie<sup>152</sup>. Une telle catégorisation binaire conduit directement à brouiller la dualité du droit des données personnelles en la réduisant à sa seule fonction de protection de la personne fichée (a).

Une seconde option s'avère plus pertinente, en ce qu'elle conduit à distinguer trois domaines d'intervention privilégiés pour les AAI définis de manière plus précise. Mais son apport dans la définition de l'objectif du droit des données personnelles s'avère limité en raison de son caractère peu didactique (b).

#### a) Une hypothèse binaire peu opérationnelle

Illustrant cette méthode de catégorisation, le professeur Jean-Michel de Forges établit deux domaines dans lesquels interviennent les AAI: un champ assez restreint recouvrant le « domaine financier » et n'incluant que la COB, le Comité de la réglementation bancaire et le Comité des

l'informatique, aux fichiers et aux libertés » ; PRADEL Jean, « L'information personnelle: entre le commerce et les libertés », in *Le droit de la communication*, actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, Éditions Thémis-Université de Montréal - Litec, 1992, p. 42. Pour cet auteur, le rôle de la CNIL serait de constituer « un contre-pouvoir faisant face à celui des informaticiens dont une toute-puissance non canalisée eût conduit à de regrettables débordements ».

149 GENTOT Michel, « La protection des données personnelles à la croisée des chemins », in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Cahier des sciences morales et politiques, t. III, PUF, 2002, p. 30: L'autorité indépendante de contrôle « initialement très clairement située sur le terrain des libertés publiques a désormais, au moins pour partie, un rôle de régulation des marchés » ; DESGENS-PASANAU Guillaume, *op. cit.*, p. 83: « Au gré des évolutions technologiques et commerciales, la CNIL a su dépasser son rôle de gardien des libertés publiques pour devenir également une institution de régulation des marchés ».

150 Ces tentatives n'ont d'ailleurs pas toujours reçu un accueil enthousiaste de la doctrine, et ce avec quelques motifs : voir CHEVALLIER Jacques, « Le statut des autorités administratives indépendantes: harmonisation ou diversification? », *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 897: « La recherche d'un dénominateur commun, à savoir la nécessité de mettre certains domaines sensibles à l'abri de la pression des pouvoirs de toute nature, comportait une évidente part d'artifice. L'évolution a rendu dans tous les cas cette classification obsolète, en interdisant toute recherche d'un principe de cohérence ». Cette position est du reste partagée par le Conseil d'État qui, dans le cadre de son rapport de 2001 sur les AAI, se borne à les énumérer sans plus chercher à en dresser une quelconque typologie.

151 Catégorie que l'on trouve dans le cadre d'une décision du Conseil constitutionnel: Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63, considérant n°5 : « La désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la communication que celle d'autoriser l'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique ».

152 Le caractère répandu de cette catégorisation binaire faisant la part belle au domaine des droits et libertés ne doit cependant pas faire oublier l'existence de modes de catégorisation à la fois plus originaux et plus radicaux, comme celui de Jean-Louis AUTIN pour qui ce domaine constitue le seul dans lequel interviennent les AAI: AUTIN Jean-Louis, « Intervention des AAI », *Jurisclasseur Libertés*, fascicule 300, §10.

établissements de crédit, et un champ démesurément large recouvrant le domaine des « libertés publiques », incluant pêle-mêle la CNIL, le CSA, le Conseil de la Concurrence et la Commission des sondages<sup>153</sup>. Une telle distinction se retrouve assez fréquemment en doctrine, même si la dénomination des catégories peut varier à la marge<sup>154</sup>. Cette distinction aboutit inmanquablement au classement de la CNIL dans le domaine des AAI intervenant en matière de droits et libertés<sup>155</sup>. Il convient cependant de noter qu'il existe dans la doctrine une variante de cette catégorisation binaire, qui conserve la dimension économique mais élargit la catégorie des autorités intervenant en matières de libertés à une catégorie plus large, mêlant de manière relativement indistincte des aspects relatifs à la protection des libertés avec des considérations tenant à l'aménagement des relations entre administration et administrés<sup>156</sup>.

Cette catégorisation binaire pour la CNIL et, par extension pour le droit des données personnelles, a conduit un temps à envisager son intégration au sein du Défenseur des droits<sup>157</sup> en raison du choix de ce mode de catégorisation retenu par certains parlementaires à l'occasion des travaux préparatoires relatifs au Défenseur des droits. Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> république présidé par Édouard Balladur a ainsi préconisé que le Médiateur de la République cède la place à un « Défenseur des droits fondamentaux » dont l'existence serait expressément consacrée par des dispositions constitutionnelles<sup>158</sup>. Une telle réforme s'inspirait tant du modèle des *Ombudsmen* des États d'Europe du Nord que du modèle espagnol du « Défenseur du peuple ». Il s'agissait avant tout de rationaliser la protection des droits fondamentaux telle qu'elle est déjà assurée par les AAI existantes, dans un souci manifeste de sécurité juridique au bénéfice des citoyens<sup>159</sup>. Au titre de

153 DE FORGES Jean-Michel, *Les institutions administratives françaises*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1989, pp. 137-138.

154 TUOT Thierry, « La planète des sages », in *Notre État*, Robert Laffont, 2000, pp. 688-712; DREYFUS Jean-David, Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI)? Approche phénoménologique, in BOULOC Bernard (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, p.9 ; CONAC Pierre-Henri, Publicité et secret en matière de sanction devant les autorités régulatrices indépendantes, in BOULOC Bernard (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, p. 93 et ss; ROUYERE Aude, La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes: quelle signification?, *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 888.

155 CONAC Pierre-Henri, *op. cit.*, pp. 97-98.

156 GENTOT Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, 2<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 1994, p. 44: « Soulignons également que, quelle que soit la date de leur création, les principales autorités administratives indépendantes peuvent être classées dans deux grands secteurs: la protection des administrés contre l'opacité politique ou administrative et contre les excès et les erreurs de la bureaucratie; la régulation de flux qui doivent s'écouler dans un climat de liberté mais non dans une anarchie qui profiterait aux puissants: information, communication, activités économiques et financières sont, à cet égard, les domaines privilégiés de l'intervention de ces autorités ». P. 129 de ce même ouvrage, cet auteur classe ainsi la CNIL dans la première catégorie, en la faisant figurer dans une catégorie comprenant le Médiateur de la République, la CADA et la Commission de contrôle des interceptions de sécurité. Voir également, en tant que représentant de cette forme de catégorisation mixte, GOHIN Olivier, *Institutions administratives*, 5<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2006, p. 235, à propos des AAI: « l'utilité et même la nécessité de ces institutions d'interface, voire d'interposition que sont les autorités administratives indépendantes, entre la puissance publique et les administrés, en vue de la régulation de l'activité administrative, n'est plus à souligner: elles ont été rapidement admises dans un contexte de protection généralisée des libertés publiques ».

157 Créé par l'article 41 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, qui a inscrit cette innovation dans un nouvel article 71-1 de la Constitution.

158 Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, *Une V<sup>ème</sup> République plus démocratique*, p. 92.

159 Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, *op. cit.*, p. 92: il résulte de la fragmentation du paysage institutionnel en la matière « une dilution des responsabilités qui est par elle-même préjudiciable aux droits des citoyens. Ces derniers, confrontés à des erreurs administratives mettant en cause leurs droits fondamentaux, ne savent pas même à quel organisme

cet effort de rationalisation, ce rapport préconisait ainsi explicitement l'absorption de plusieurs AAI existantes, dont la CNIL, au sein de cette entité nouvelle<sup>160</sup>. De manière générale, ce projet a fait l'objet d'un certain nombre de réserves et de critiques, notamment de la part de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH)<sup>161</sup>.

Cette volonté d'inclure la CNIL au sein de cette nouvelle AAI a été relayée dans les travaux parlementaires ultérieurs. En effet, le sénateur Patrice Gélard retient cette conception dans son rapport consacré en 2006 aux AAI au motif que cette « *summa divisio* entre les régulateurs économiques et les protecteurs des libertés paraît plus claire et plus pertinente que les autres, car elle correspond non seulement à des manières distinctes, mais à des formes d'intervention différentes »<sup>162</sup>. Ce choix est d'autant plus étrange qu'il n'occulte pas les faiblesses d'une telle classification, tenant notamment au caractère mixte des missions de certaines AAI comme la CNIL, l'Agence française de lutte contre le dopage et la Haute autorité de santé<sup>163</sup>.

Cette *summa divisio* entre « régulateurs économiques et protecteurs des personnes » était présentée comme « historique », comme « la plus usuelle, la plus implantée et familière » des critères de distinction des AAI par le professeur Marie-Anne Frison-Roche dans son étude annexée au rapport parlementaire consacré à ces institutions<sup>164</sup>. Toutefois, cet auteur reconnaissait qu'une telle classification avait l'inconvénient « d'opposer l'économique et le social »<sup>165</sup> et ne permettait pas de décrire de manière pertinente la réalité complexe des missions de certaines autorités<sup>166</sup>. Le rapport sénatorial d'information sur les AAI rendu en 2010, qui réaffirme à nouveau sous la plume de Patrice Gélard, le principe de la « *summa divisio* » entre autorités de protection des libertés publiques et autorités intervenant en matière économique et souhaite en tirer des conséquences juridiques, a encouru les mêmes critiques. Là encore, afin d'illustrer les limites de cette distinction,

s'adresser pour faire valoir leurs droits... ».

160 Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, *op. cit.*, p. 93: « La loi organique préciserait quels sont ceux des services des autorités, notamment de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, auxquelles le Défenseur des droits fondamentaux se substituerait, qui devraient lui être directement rattachés ».

161 Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le Défenseur des droits*, adopté par l'Assemblée plénière du 4 février 2010 ; Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits adopté par le Sénat en juin 2010*, adopté par l'Assemblée plénière du 30 septembre 2010. Voir également TEITGEN-COLLY Catherine, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011/3, n° 139, pp. 409-420.

162 GELARD Patrice, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport établi au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée nationale n° 3166, Sénat n° 404, [2005-2006], juin 2006, Tome 1, p. 43.

163 GELARD Patrice, *op. cit.*, p.43: « En effet, si la CNIL, par exemple, a pour premier objectif la protection des droits fondamentaux des personnes, ses décisions peuvent avoir des conséquences économiques non négligeables, en rapport avec l'informatisation croissante de la société. Sa mission relève donc autant de la défense des libertés publiques que de la protection des personnes ».

164 FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in GELARD Patrice, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport établi au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée nationale n° 3166, Sénat n° 404, [2005-2006], juin 2006, Tome 2, p. 62.

165 FRISON-ROCHE Marie-Anne, *op. cit.*, p. 63.

166 FRISON-ROCHE Marie-Anne, *op. cit.*, p. 63: « Par exemple, l'efficacité de l'action du CSA souffre sans doute de son classement dans la protection des libertés publiques et du pluralisme des opinions politiques (ce qui est indéniablement sa mission), en ce que cela semble l'exclure d'une mission de régulation économique du secteur audiovisuel, ce qui est dommageable. De la même façon, la CNIL est protectrice des droits fondamentaux, mais ses décisions ont un impact économique considérable, notamment par le fait d'une informatisation générale aussi bien des activités économiques que des activités sociales ou familiales ».

l'exemple de la CNIL est mis en avant: « La perspective est dépassée car pour ne prendre que la CNIL, il est difficile de dire si on peut la scinder entre les libertés publiques, dont elle relève en raison de la protection des données personnelles, et la régulation économique car dans une économie de la connaissance, les données ont une grande valeur »<sup>167</sup>. Il est regrettable qu'une telle perspective ne soit pas plus largement partagée, et notamment pas par le Conseil d'État qui, dans son rapport annuel de 2013 consacré au droit souple, persiste à classer la CNIL dans la même catégorie que le CSA et le défenseur des droits, comme intervenant « en dehors du domaine économique », « en matière de protection des libertés fondamentales »<sup>168</sup>.

Ces propositions de catégorisation binaire des AAI entre autorités chargées de la protection des droits et libertés fondamentales et celles intervenant en matière économique tendent à réduire la dualité du droit des données personnelles en ignorant sa fonction de réglementation de l'usage des données personnelles. La focalisation des analyses publicistes sur le rôle de la CNIL a pu déboucher sur une hypothèse plus pertinente, invitant à découper le champ d'action des AAI non pas en deux mais en trois domaines d'action privilégiés.

#### b) Une hypothèse ternaire perfectible

Au titre d'une classification ternaire parfois retenue, les AAI sont regroupées selon trois domaines: l'information et la communication, les relations entre administration et administrés, la matière économique<sup>169</sup>. Cette hypothèse s'avère plus précise et plus opérationnelle que la catégorisation binaire dans la mesure où elle conduit à inclure la CNIL, généralement de pair avec le CSA, dans la catégorie des AAI de régulation de l'information et de la communication, comme une autorité intervenant de manière globale dans le domaine de la communication et chargée à ce titre de « la régulation de l'usage des techniques »<sup>170</sup>. Cette approche a le mérite de donner une image plus pertinente de la réalité de sa mission que la classification binaire. Cependant, elle ne

167 FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *La semaine juridique – Edition générale*, novembre 2010, n° 48, p. 2206.

168 CONSEIL D'ETAT, *Le droit souple*, étude annuelle 2013, La Documentation Française, 2013, p. 35.

169 La formulation de cette trilogie peut inclure des variantes, au gré des auteurs. OBERDORFF Henri, *Les institutions administratives*, 4<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2004, pp. 114-115: cet auteur distingue, de manière pertinente, trois secteurs privilégiés d'intervention des AAI: la « régulation de la communication et de l'information », dans laquelle il inclut la CNIL ; la « régulation de l'économie de marché » et la « régulation des relations administration-administrés ». SERRAND Pierre, *Manuel d'institutions administratives françaises*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 2009, p. 300: cet auteur délimite trois secteurs « sensibles » principaux dans lesquels l'intervention des AAI est privilégiée: l'information et la communication, dans lequel il inclut la CNIL, l'économie et les finances, les relations entre administrations et administrés. GUETTIER Christophe, *Institutions administratives*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, pp. 6-7: cet auteur distingue trois rôles privilégiés légitimant l'institution d'une AAI: un rôle de « protection des libertés », l'apport de « certaines garanties dans les rapports entre l'Administration et l'administré » et la « régulation de certains marchés ». Il réitère cette trilogie en reformulant ainsi son premier rôle: « l'information et la communication, et plus largement la protection des libertés publiques », p. 168. De manière plus originale car l'auteur est privatiste, voir la trilogie proposée par HERVIEU Merryl, *op. cit.*, p. 20 et ss: il existerait des AAI « garantes du bon fonctionnement du marché », celles « garantes de la protection d'un secteur ou d'une catégorie de contractants » et celles « garantes des libertés fondamentales ». Elle classe bien évidemment la CNIL dans cette troisième division et décrit ainsi sa mission: « Chargée du contrôle du traitement automatisé des données informatives (*sic*), la commission nationale de l'informatique et des libertés encadre la liberté contractuelle dont l'exercice se fonde sur le traitement d'informations nominatives. Cet encadrement vise à prévenir les refus de contracter qui traduiraient une atteinte excessive aux droits et libertés garanties par la commission, notamment au principe de non-discrimination » (p. 24).

170 OBERDORFF Henri, *op. cit.*, p. 116.

constitue pas une panacée, dans la mesure où certains la lie à la question de la protection des libertés fondamentales en la circonscrivant à un domaine technique particulier<sup>171</sup>. Pour autant, en dépit de sa pertinence, cette classification ternaire s'avère aléatoire en raison du caractère non exclusif de ses catégories. Ainsi, de manière fluctuante, la CNIL se trouve classée soit dans la catégorie relative à l'information et à la communication<sup>172</sup>, soit dans celle relative à la régulation des relations administration-administrés, soit dans les deux<sup>173</sup>. Bien plus récemment, et de manière beaucoup plus exceptionnelle, des doutes sur son éventuel classement dans la catégorie de la régulation économique ont été émis<sup>174</sup>.

Pourtant, la CNIL relève à différents degrés de chacune des catégories des divisions binaires et ternaires et joue un rôle dans chacun de ces trois secteurs. À titre principal, elle relève de la catégorie des AAI régulant un secteur de l'information et de la communication en ce que son objectif principal est de permettre de pérenniser la faculté d'un usage libre de l'informatique en encadrant les abus. De manière médiane, elle relève de la catégorie des droits et libertés et de la régulation des relations entre administration et administrés en ce qu'elle doit s'assurer que ces intérêts sont respectés lors de l'utilisation de l'informatique. Enfin, elle relève de la catégorie des AAI régulant un secteur économique dans la mesure où, dans un contexte mondialisé, le respect d'un standard international harmonisé de protection des données personnelles conditionne pour partie la libéralisation économique du secteur des services<sup>175</sup>.

Ainsi, l'effort de classification par certains auteurs des AAI en fonction de leurs domaines supposément privilégiés d'intervention a conduit à entretenir l'ambiguïté concernant la réalité des objectifs dévolus au droit des données personnelles. En revanche, cette ambiguïté a été partiellement levée par un effort de systématisation de la doctrine portant sur l'identification de critères communs à l'hypothétique catégorie juridique des AAI, et tenant à leur fonction de régulation.

## **2) Dans les développements consacrés à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales**

Il existe au sein de la grande majorité des ouvrages et articles consacrés aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales une conception dominante du droit des données personnelles, au terme de laquelle ce dernier n'a pour but que la protection de la personne fichée<sup>176</sup> et se réduit

171 GUETTIER Christophe, *op. cit.*, p. 114. Selon lui, la CNIL a, à l'instar du CSA, une fonction de « protection des libertés fondamentales dans un domaine où sont utilisées des techniques particulières ».

172 SERRAND Pierre, *op. cit.*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 2009, p. 300.

173 MAISL Herbert, « Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale? », in COLLIARD Claude-Albert et TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 78 et ss.

174 DESGENS-PASANAU Guillaume, *op. cit.*, p. 84: « Au gré des évolutions technologiques et commerciales, la CNIL a su dépasser son rôle de gardien des libertés publiques pour devenir également une institution de régulation du marché ». FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Les 100 mots de la régulation*, PUF, Que sais-je?, 2011, pp. 36-37: « La CNIL est un régulateur ambigu. En effet, elle fut établie par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 pour protéger les personnes contre les dangers engendrés par l'accumulation de données personnelles grâce à l'informatique. (...). C'est pourquoi la CNIL a été présentée avant tout comme une autorité de protection des libertés publiques (...). Mais, parce que nous vivons trop sur cette distinction, la CNIL n'est pas perçue comme un régulateur économique. A ce titre, elle ne prend pas en charge, comme le font les régulateurs économiques, la construction du secteur informatique, notamment l'incitation à susciter de nouveaux entrants, ce qui permet à des opérateurs de monter en puissance de façon inquiétante, sans qu'aucun régulateur jusqu'ici n'intervienne ».

175 Voir *infra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2.

176 Voir notamment FRAYSSINET Jean, « Trente ans après, la loi « Informatique et libertés » se cherche encore »,

alors au seul droit de la protection de ces données<sup>177</sup>. Cette thèse connaît deux nuances, selon que l'objectif des instruments relatifs aux données personnelles est considéré comme étant la protection indistincte de la personne fichée ou de sa seule vie privée.

La première de ces conceptions est surtout répandue dans les travaux des auteurs de droit public interne, sans être toutefois absente des manuels de droit de l'Union européenne<sup>178</sup>. Elle consiste à identifier le droit des données personnelles par sa seule fonction de protection des personnes fichées et, partant, à en déduire que ce droit constitue un droit fondamental. Une telle conception d'origine doctrinale a récemment trouvé une traduction dans le droit positif qui consacre le droit à la protection des données personnelles comme un droit fondamental, en l'occurrence l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>179</sup>. L'on trouve parfois dans la jurisprudence européenne une telle conception réductrice du droit des données personnelles à la seule protection des personnes fichées, y compris dans la jurisprudence la plus récente de la CJUE<sup>180</sup>. Une telle conception, que l'on peut qualifier de métonymique car elle conduit à prendre une partie du droit des données pour le tout, est alors implicite<sup>181</sup>. Elle s'exprime plus rarement sous une forme explicite, qui prendrait la forme d'un essai de conceptualisation du droit des données comme d'un droit fondamental ou d'une liberté publique<sup>182</sup>.

*RLDI*, janvier 2008, n° 34, p. 69, qui évoque « le paradigme de la défense adaptée des droits et libertés des personnes » à la base de la loi du 6 janvier 1978.

177 Pour une illustration récente, voir LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, op. cit., p. 4: « La préservation des libertés face aux menaces que pouvait représenter l'informatisation de la société étant à l'origine des toutes premières lois spécifiques au domaine de l'informatique, il est naturel d'analyser les évolutions actuelles et futures sous ce prisme particulier ».

178 BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit matériel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2009, p. 480: à la suite de l'intitulé « Informatique, réseaux, multimédia », le chapeau introductif est révélateur d'une telle conception, qui indique qu'« en ces domaines, le droit communautaire se limite à des protections: protection des « produits » informatiques, d'une part et protection des données personnelles, d'autre part. L'ensemble de la question demeure cependant étroitement liée à celle des droits d'auteur et de la propriété intellectuelle ». En accord avec cette conception générale, les questions relatives au droit des données personnelles et aux communications électroniques sont regroupées p. 481 sous l'intitulé « Protection des données personnelles ». Une telle conception apparaît tout spécialement restrictive au sein d'un manuel de droit de l'UE, dans la mesure où la libre circulation de ces données constitue un objectif explicite jusque dans le titre des instruments adoptés en la matière.

179 Charte des droits fondamentaux de l'UE, Article 8, « Protection des données à caractère personnel » :  
« 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 ».

180 L'objet de la directive 95/46/ CE du 24 octobre 1995 est de consacrer et d'aménager la liberté de traitement des données personnelles (voir *infra*, première partie, titre 2, chapitre 1 et deuxième partie, titre 2, chapitre 2). Cet objet n'est qu'imparfaitement traduit dans son titre, qui énonce deux finalités : cette directive est « relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ». Cela n'empêche pas la CJUE, dans une décision récente, d'oublier purement et simplement la première de ces finalités pour réduire son objet à celui« d'assurer la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel » (CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié, §4).

181 PREUSS-LAUSSINOTTE Sylvia, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 209, 2000, p. 223 et s.

182 A notre connaissance, la seule tentative de ce genre a été effectuée par CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Le droit à la protection des données à caractère personnel : un droit fondamental du XXI<sup>ème</sup> siècle ? » in FERRAND Jérôme et PETIT Hugues (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme - L'Odyssée des droits de l'homme*,

La seconde de ces conceptions est plus largement répandue. Dans cette conception, non seulement le droit des données personnelles n'est alors conçu qu'au travers d'une fonction présumée exclusive de protection de la personne fichée et paraît réduit à n'être qu'un élément plus ou moins distinct d'un seul droit ou le droit au respect de la vie privée.

Intuitivement, on pourrait croire que le droit des données personnelles a été considéré comme un élément du seul droit au respect de la vie privée. Mais une telle vision serait inexacte. En effet, l'identification de ce droit fondamental pour ainsi dire matriciel du droit des données a évolué dans le temps. Initialement, il existait une certaine concurrence en doctrine entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la sûreté pour fonder le droit des données personnelles. Ainsi, le professeur Jean Rivero rattache les développements relatifs à l'informatique à l'étude de la sûreté<sup>183</sup>, en relevant que son « objet véritable [...] est donc la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir »<sup>184</sup>, sûreté qu'il préfère à la vie privée comme objet principal du droit encadrant les usages de l'informatique car plus conforme aux intentions déjà exprimées du législateur<sup>185</sup>. Toutefois, une telle conception est marginale en doctrine et ne paraît partagée que par le professeur Claude-Albert Colliard<sup>186</sup>. Plus sporadiquement, l'étude du droit des données personnelles au sein des manuels consacrés aux droits de l'homme se trouve rattachée à la transparence administrative, au titre de l'étude des garanties non juridictionnelles des droits fondamentaux<sup>187</sup>.

En revanche, l'identification du droit des données personnelles au droit au respect de la vie

L'Harmattan, 2003, tome III, p. 79: « Le droit à la protection des données à caractère personnel a dans un premier temps été affirmé en tant que simple liberté publique. Depuis une vingtaine d'années, on assiste en effet à l'émergence d'un arsenal juridique complet assurant l'effectivité de ce droit. Ce droit a donc été protégé en tant que liberté publique avant d'être consacré droit fondamental ».

183 RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, PUF, 1<sup>ère</sup> édition, 1977, pp. 61-64. RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996, pp. 67-74.

184 RIVERO Jean, *Cours de libertés publiques*, Les cours de droit, 1970, p. 17. Pour une définition plus précise du même auteur voir RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996, p. 21 de cette dernière édition, il définit la sûreté comme « la garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir (...). Elle lui procure la double certitude qu'il n'a rien à redouter d'aucune autorité publique tant que l'exercice de ses libertés, quelles qu'elles soient, se maintient dans les bornes de la légalité, et que, s'il est soupçonné de les avoir franchies, s'exposant ainsi à une sanction, il sera garanti contre toute répression arbitraire. La sûreté constitue donc la protection avancée de toutes les libertés: c'est elle qui permet leur exercice paisible. Le nom de liberté individuelle, par lequel on la désigne souvent, rend mal compte de la portée très générale de la sûreté ».

185 RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1977, p. 62: « Le danger qui peut résulter, pour les libertés, d'un tel état de chose est évident. On le ramène souvent à une menace pour la vie privée. Il est plus grave: c'est la sûreté, au sens large retenu dans ce chapitre, qu'il met en cause. C'est sur ce terrain que se plaçait une proposition de loi présentée en 1972 par M. Poniatowski, alors député, qui dénonçait: « les risques de coercition policière et administrative » résultant de l'abus des fichiers informatisés. La sécurité juridique est compromise lorsque le pouvoir peut fonder ses décisions individuelles sur des données concernant, tout à la fois, le passé et le présent, la vie familiale et professionnelle, la situation économique, fiscale et judiciaire de chacun, sa santé, ses opinions politiques et religieuses, bref, tous les éléments de sa personnalité, et ce, quel que soit l'objet propre de la décision ».

186 COLLIARD Claude-Albert, *Libertés publiques*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1982, p. 231: « D'autres formes de libertés de la personne sont apparues. La première est, en quelque sorte, une variante de la sûreté traditionnelle. Une forme nouvelle d'oppression menace l'individu, celle qui procède de l'utilisation par le pouvoir des moyens informatiques. Une dimension nouvelle s'ajoute ainsi à la sûreté ».

187 ISRAËL Jean-Jacques, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, pp. 290-291; LECLERCQ Claude, *Libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003, pp. 213-218. Une telle approche de la matière, orientée en ce sens, se retrouve également dans un ouvrage plus récent: HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2013, pp. 488 et ss.

privée est le plus généralement retenu. L'immense majorité des manuels relatifs aux droits et libertés fondamentales, lorsqu'ils comportent une entrée « informatique » ou « données à caractère personnel » dans la table alphanumérique, ce qui n'est pas systématiquement le cas, consacrent l'essentiel des développements relatifs au droit des données personnelles soit présenté dans le chapitre consacré à l'étude des atteintes au droit au respect de la vie privée par l'informatique<sup>188</sup>, soit de manière plus globale dans le chapitre relatif à la vie privée<sup>189</sup> ou dans celui relatif à la sûreté<sup>190</sup>. Antérieurement à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978, plus rares sont les seules occurrences de l'informatique dans les tables alphanumériques des manuels de droits fondamentaux qui ne renvoient qu'à des développements autonomes de l'étude de la vie privée ou de la sûreté<sup>191</sup>. Postérieurement à l'adoption de cette loi, il n'existe à notre connaissance que deux ouvrages dédiés aux droits fondamentaux qui comportent des développements consacrés au seul droit des données personnelles à l'entrée « informatique »<sup>192</sup> ou dans un chapitre consacré au thème « Informatique et Nouvelles Technologies »<sup>193</sup>.

Cette conception réductrice du droit des données personnelles peut prendre la forme d'un rapport direct de filiation entre le droit au respect de la vie privée et celui des données personnelles<sup>194</sup>. Elle est directement influencée par la jurisprudence de la CEDH car les atteintes au droit des données qu'elle connaît ne trouvent de sanction que sur le fondement de l'article 8 de la CESDH. La fondamentale, sensément identifiée, du droit des données personnelles y est alors qualifiée d'indirecte ou de médiane, en ce qu'elle résulterait du droit au respect de la vie privée, droit de l'homme avéré<sup>195</sup>. Cette conception peut également prendre la forme d'une réduction du

188 Tel est le cas dans les ouvrages suivants: MADIOT Yves, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Masson, 1976, dans lequel malgré l'existence d'une entrée « informatique » autonome p. 300, l'étude de ses impacts sur les droits fondamentaux est limité au chapitre consacré à l'étude du droit au respect de la vie privée, pp. 225-234 ; ROBERT Jacques et DUFFAR Jean, *Libertés publiques*, Monchrestien, 1982, où l'entrée « informatique » figure p. 758 et les développements y afférents au sein du chapitre dédié à la vie privée pp. 318-362 ; CHARVIN Robert, SUEUR Jacques, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 1994, pp. 100-101 ; HEYMANN-DOAT Arlette, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2000, pp. 191-196 ; MORANGE Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000, pp. 192-199 ; TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 495 ; FIALAIRE Jacques, MONDIELLI Éric, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005, pp. 438-450 ; COLLIARD Claude-Albert et LETTERON Roseline, *Libertés publiques*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2005, pp. 388-396 ; PRÉLOT Pierre-Henri, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette Supérieur, 2007, pp. 184-191 ; SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, 5<sup>ème</sup> édition, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF-Thémis, 2009, pp. 438-447 ; DENIZEAU Charlotte, *Droit des libertés fondamentales*, Magnard-Vuibert, 2010, p. 230 ; OBERDORFF Henri, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2011, pp. 368-374 ; SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011, pp. 513-516.

189 Voir *infra*.

190 Voir *supra*.

191 ROBERT Jacques, *Libertés publiques*, Montchrestien, 1971 ; COLLIARD Claude-Albert, *Libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1975.

192 RAYNAUD Julien, « Informatique et données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 523-528.

193 HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, précité, pp. 487 et ss.

194 DÉTRAIGNE Yves et ESCOFFIER Anne-Marie, Rapport n° 441 du Sénat, session ordinaire de 2008-2009, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques, p. 11: « Le droit au respect de la vie privée, fondement du droit à la protection des données personnelles ».

195 CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Le droit à la protection des données à caractère personnel : un droit fondamental du XXI<sup>ème</sup> siècle ? » in FERRAND Jérôme et PETIT Hugues (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme - L'Odyssée des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, tome III , pp. 77-97, p. 85: « Le droit à la protection des données à caractère personnel a été affirmé indirectement comme étant un droit fondamental et

droit des données comme d'un élément spécifique de la protection de la vie privée<sup>196</sup>. Elle se traduit également, dans les manuels dédiés à l'étude des droits et libertés fondamentales, par la présentation formelle du droit des données personnelles comme un démembrement du droit au respect de la vie privée<sup>197</sup>. Elle peut enfin consister en une présentation de la protection de la vie privée comme l'unique objet du droit des données, avec plus<sup>198</sup> ou moins<sup>199</sup> de nuances. Toutefois, malgré son caractère très répandu, une telle double réduction fait l'objet d'une réception très mesurée dans la doctrine spécialisée en droit de l'informatique. En effet, cette dernière tend à la nuancer, en considérant que « si la législation « informatique et libertés » accorde naturellement une importance particulière à la protection de la vie privée il faut se garder de croire, comme c'est trop souvent le cas, que c'est sa seule finalité. La protection bénéficie à l'ensemble des droits et libertés fondamentaux et même au-delà »<sup>200</sup>.

ceci par le truchement du droit au respect de la vie privée » ; POULLET Yves, Pour une troisième génération de réglementation de protection des données, in VERONICA Marie et PALAZZI Pablo (coord.), *Défis du droit à la protection de la vie privée – Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°31, Bruylant, 2008, p. 41: « Les réglementations de protection des données sont à considérer comme une conséquence de la consécration de la protection de la vie privée, conçue d'abord au sens étroit mais elles ont progressivement débordé ce cadre pour assurer un rôle vis-à-vis de l'ensemble des libertés consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme ».

- 196 ROUX André, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, thèse, Economica, 1983, p. 96: « Le problème des fichiers ne constitue qu'un aspect parmi d'autres du problème de la protection de la vie privée » ; FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre, HAAS Gérard, *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2000, p. 6: « les données personnelles sont une partie de ce droit au respect de la vie privée qui englobe tout ce qui se rattache à l'identité personnelle. En conséquence, sur le réseau interne, ces données et, par là même la vie privée (...) » ; DÉTRAIGNE Yves et ESCOFFIER Anne-Marie, Rapport n° 441 du Sénat, session ordinaire de 2008-2009, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques, p. 12: « L'attention apportée à la protection de la vie privée et, plus précisément, à la protection des données personnelles ».
- 197 LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009, p. 310 et pp. 321-324 ; DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Droits et libertés fondamentaux*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2010, p. 136 et pp. 241-242.
- 198 LUCAS André, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987, p. 19: pour cet auteur, l'objet de la loi du 6 janvier 1978 est de protéger « l'intimité de la vie privée ». Il nuance toutefois son propos en aval de son ouvrage, en évoquant p.26 le but de cette loi, qui est selon lui de « maîtriser l'outil informatique et non d'en restreindre l'usage ».
- 199 Voir par exemple BRAIBANT Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, le commentaire de l'auteur sous l'article 8 consacrant un droit à la protection des données personnelles, p. 112 : « Avec la bioéthique, l'informatique est l'un des domaines importants des évolutions scientifiques et techniques du XX<sup>ème</sup> siècle qui affectent la liste des droits fondamentaux. Il s'agit des moyens prodigieux qu'elle donne aux organisations -telles que les administrations ou les entreprises – d'accumuler et de combiner des informations sur les citoyens, les consommateurs, les travailleurs. Si ce pouvoir n'est pas encadré, contrôlé, équilibré, il risque de produire des atteintes graves à la vie privée » ; MAROT Pierre-Yves, *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, thèse, Nantes, 2007, p. 75: « La loi « informatique et libertés » de 1978, dans son article 1<sup>er</sup>, s'appuie sur le fondement de la protection de la vie privée et vise à protéger cette même vie privée » ; ANTIPPAS Jérémie, *Les droits de la personnalité: de l'extension au droit administratif d'une théorie fondamentale de droit privé*, thèse, Paris II, 2010, p. 228: « A la différence de la législation sur la protection des données personnelles - sur laquelle nous allons revenir - dont la protection de la vie privée constitue au fond la cause même ».
- 200 VITALIS André, *Informatique, pouvoir et libertés publiques*, thèse, Rennes, 1979, pp. 380-381: la « surévaluation du droit au secret de la vie privée » est dénoncée comme ne rendant pas compte de l'ensemble des problématiques afférentes au droit de la protection des données ; LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 30. Voir également ALCARAZ Hubert, « Droits et libertés – Droit au respect de la vie privée », in DRAGO Guillaume (coord.), Observatoire de jurisprudence constitutionnelle, Chronique n° 6, avril-juin 2011, *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 33, 2011, pp. 218-219, à propos de la décision CE 19 juillet 2010, *M. Fristot et Mme Charpy*, n° 334014 et 317182, Rec. p.

## C/ En droit privé

De manière générale, les auteurs privatistes d'études conceptuelles relatives au droit des données personnelles ont pour objet de compléter les garanties du droit au respect de la vie privée<sup>201</sup>. Ce parallèle, naturellement fait entre la protection de la vie privée et la protection des données personnelles, et issu d'une analyse du droit des données personnelles sous un angle exclusivement privatiste, se trouve d'autant plus répandu que l'essentiel des ouvrages dédiés au sujet et/ou l'englobant dans une approche plus large de l'informatique ou d'internet est le fait d'auteurs spécialisés en droit privé<sup>202</sup>.

En effet, l'expression « protection de la vie privée » renvoie d'une part à un contenu, la notion floue et évolutive de vie privée et, d'autre part, à une modalité de protection particulièrement succincte, prenant la forme d'un droit subjectif. Or, ces auteurs mettent l'accent sur l'objet de la protection plutôt que sur ses modalités. Ce parti pris méthodologique explique par exemple que, dans une contribution récente, les professeurs Martial-Braz et Rochfeld, toutes deux privatistes, en viennent à considérer que l'avenir de la proposition de règlement de janvier 2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, entre une logique humaniste de protection de la personne et une logique capitaliste d'exploitation des données personnelles, ne pourra être déterminé « tant que la question première du statut de la donnée ne sera pas résolue : est-ce une valeur, une création, un bien objet d'appropriation, dont il faut encadrer la patrimonialisation, ou un droit personnel et fondamental de chaque individu, qu'il convient de protéger au même titre que le droit au respect de la vie privée ? »<sup>203</sup>.

Mais la proximité avec la notion de vie privée n'est pas la seule raison de l'attractivité du sujet pour les auteurs privatistes, ni de leur focalisation sur la notion de données personnelles. A cette première approche privatiste relevant du droit des personnes, se superpose en effet une approche relevant plus spécifiquement du droit des biens et visant à élucider la nature juridique de la notion d'information. Il n'est ainsi pas anodin que le premier manuel de référence en « droit de

320: « cette décision mérite d'être rapportée dans la mesure où elle avance dans la voie d'une clarification des rapports qui s'établissent entre respect de la vie privée et protection des données personnelles: loin de les confondre, le juge administratif distingue les deux notions pour observer que les violations produites dans le champ de la protection des données personnelles peuvent éventuellement provoquer une méconnaissance du droit au respect de la vie privée. Le respect de la vie privée n'est qu'un des droits auquel le fichage est susceptible de porter atteinte ». Pour un constat similaire, voir également RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2002, p. 159.

201 LESAULNIER Frédérique, *L'information nominative*, thèse, Paris II, 2005 ; MAROT Pierre-Yves, *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, thèse, Nantes, 2007 ; EYNARD Jessica, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2011.

202 Voir par exemple, de manière non exhaustive : CROZE Hervé et BISMUTH Yves, *Droit de l'informatique*, Economica, 1986 ; LUCAS André, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987 ; LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001 ; CAPRIOLI Éric, *Droit international de l'économie numérique*, 2<sup>ème</sup> édition, Litec, 2007 ; CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet*, Montchrestien, 2010 ; FÉRAL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.

203 MARTIAL-BRAZ Nathalie, ROCHFELD Judith, GATTONE Émilie, « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? Les enjeux de l'élaboration chaotique du règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *Rec. Dalloz*, 2013, §9.

l'informatique » soit le fait d'un spécialiste de la propriété intellectuelle<sup>204</sup>. Dans cette approche, la notion d'information personnelle est considérée comme un bien plus ou moins hors commerce<sup>205</sup>. Cette approche, strictement nationale, connaît un prolongement en droit de l'UE. Le plaquage de ce mode de raisonnement sur le droit de l'UE en matière de données personnelles conduit en effet à considérer que la raison pour laquelle le droit des données personnelles a fait l'objet d'une première harmonisation communautaire relève de la libre circulation des marchandises. Or, la raison principale d'une telle harmonisation ne dérive pas de la considération des données personnelles comme d'un bien échangeable, mais davantage de ce que le traitement de données personnelles est consubstantiel à toute opération de prestation de service et, dans une moindre mesure, d'établissement et de libre circulation des capitaux.

Cette approche du droit des données personnelles sous l'angle privatiste du droit des personnes et du droit des biens culmine dans la considération du droit des données personnelles comme d'un droit de la personnalité. Au carrefour de ces deux tendances, le droit des données personnelles se trouve alors considéré communément comme un droit de la personnalité présentant un aspect et une finalité extra-patrimoniale mais pouvant, à l'instar du nom, faire l'objet d'une certaine patrimonialisation<sup>206</sup>. Le seul défaut de ces approches est qu'elles ne correspondent pas à la réalité du droit positif.

En effet, la focalisation des auteurs privatistes sur la notion de vie privée plutôt que sur ses modalités de protection s'explique par le fait que ces dernières tiennent dans un seul et même bref article 9 du Code civil, quand la définition de la notion de vie privée apparaît comme un patchwork évolutif et instable composé d'une nuée d'éléments ne faisant l'objet en tant que tels de définitions que dans les jurisprudences internes et internationales. En comparaison, une focalisation sur la notion de données personnelles plutôt que sur ses modalités de protection paraît surprenante au regard du droit positif, dès lors que tous les instruments relatifs aux données, qu'ils soient d'origine interne ou internationale, donnent de la notion de donnée personnelle une définition exhaustive dans un unique article. Au regard du droit positif, cette notion ne prête donc pas par principe à confusion ou à polémique<sup>207</sup>, à la différence de la notion de vie privée.

En outre, une fois retranché cet unique article au sein des instruments relatifs aux données personnelles, les dispositions susceptibles d'être rattachées à la protection des données elles mêmes, à ses modalités de protection, occupent pour le seul droit interne 47 articles au sein de la première version de la loi dite « informatique et libertés » et 71 au sein de sa version actualisée. Une telle asymétrie n'est pas propre au droit interne, étant donné que dans la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, la notion de données personnelles ne concerne qu'un article sur 27, un article sur 37 pour la directive 95/46 du 24 octobre 1995 ou un article sur 52 pour le règlement n° 45/2001 du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires.

204 LUCAS André, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987.

205 Sur la question de la patrimonialité des données personnelles, voir *infra*, deuxième partie, titre 2.

206 Sur cette question, voir LOISEAU Grégoire, *Le nom objet d'un contrat*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 274, 1997.

207 Cela ne signifie bien évidemment pas qu'il n'y ait pas de questions sur l'interprétation de cette notion. Un débat récurrent existe ainsi en droit des données personnelles sur le fait de savoir si l'adresse IP (Internet Protocol) constitue ou pas une donnée personnelle, n'étant pas directement nominative. Sur cette question, voir par exemple CAPRIOLI Éric, « L'adresse IP est une données à caractère personnel », note sous TGI, ord. Réf., 7 juillet 2014, M. c/ Crédit Lyonnais, CCE, octobre 2014, pp. 36-38. Cela signifie juste que la notion même de données personnelles telle que définie dans la loi a donné à considérablement moins d'interprétations jurisprudentielles que le notion de vie privée (sur cette question précise, voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 1).

Par conséquent, s'il existe naturellement un intérêt dans l'analyse de la notion de « données personnelles », cet intérêt ne peut en aucun cas épuiser la question de la nature et des fonctions du droit des données personnelles. Il ne peut non plus conduire à calquer les modes de raisonnement et d'analyse employés pour la protection de la vie privée, disqualifiant ainsi une approche purement privatiste de la matière, et ce en dépit des appels de certains auteurs à faire connaître au droit des données personnelle le même sort que le droit de la concurrence en le détachant artificiellement du droit public, par la voie d'une attribution de compétence au moins partagée au profit du juge judiciaire<sup>208</sup>.

### *D/ En économie et en analyse économique du droit*

Les auteurs économistes traitent la matière d'une façon manifestement incompatible avec l'image d'Épinal selon laquelle les instruments relatifs aux données personnelles auraient pour seule fonction de protéger les droits fondamentaux de la personne fichée. En effet, les sciences économiques posent d'une part l'hypothèse selon laquelle les données personnelles sont des marchandises<sup>209</sup> et, d'autre part, ont jeté les bases théoriques d'une « *Économie des données personnelles et de la vie privée* »<sup>210</sup>.

Face à cette appréhension en apparence surprenante du droit des données personnelles par les sciences économiques, deux attitudes sont possibles. Il est d'abord envisageable de considérer que ce champ disciplinaire est tellement éloigné des sciences juridiques que toute communication entre les deux doit être exclue, au risque de rendre alors inconcevable les incursions ou recoupements innombrables de ces deux champs<sup>211</sup>. Dans cette optique, cette conception économiste de la question des données personnelles devrait s'opposer à la conception des juristes, sous-entendue comme centrée sur la défense des droits de l'homme. Mais il est tout aussi envisageable de considérer que les sciences économiques ont intuitivement su cerner, sans pour autant l'avoir expliqué, le paradigme libéral à la base de tout traitement de données personnelles. Or, ce cadre paraît *a priori* plus apte à expliquer l'équilibre entre les enjeux du droit des données personnelles que son objet supposé de protection des droits et libertés de la personne fichée<sup>212</sup>.

Cette conception économiste du droit des données personnelles est particulièrement importante car, par le biais de l'analyse économique du droit, telle qu'elle est développée aux États-Unis, elle exerce une influence croissante sur la conception que l'on peut avoir de ce droit. Plus précisément, l'influence américaine en la matière se traduit par la promotion du terme de régulation pour désigner la réglementation des données personnelles. Elle emprunte le canal non pas des écrits en droit, mais en économie. En effet, aux États-Unis, la question de la régulation des données personnelles est un objet dominé par la science économique, directement ou, en droit, par l'usage prépondérant de procédés relevant de l'analyse économique du droit.

208 BLOUD-REY Céline, « Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2800 : « Aussi, à l'instar de ce qui a été fait en droit de la concurrence, il conviendrait de réfléchir sur un nouveau partage du contentieux entre l'autorité administrative indépendante et le pouvoir juridictionnel, d'une part, et, au sein des juridictions, entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, d'autre part. La mise en place d'une politique législative pourrait conduire à favoriser un ordre juridictionnel plutôt qu'un autre ».

209 BELLEIL Arnaud, *E-privacy, le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'internet*, Dunod, 2001

210 ROCHELANDET Fabrice, *Économie des données personnelles et de la vie privée*, La découverte, 2010.

211 Telles que, à titre d'exemple: l'analyse économique du droit, l'économie normative, le droit économique...

212 Voir *infra*, deuxième partie.

Une telle confusion entre le droit et l'économie n'y est pas rare. Ainsi, avant même d'évoquer le mouvement *Law and economics*, il est frappant de constater qu'un ouvrage *a priori* relevant des sciences économiques comme celui de Friedrich Hayek, *Droit, législation et liberté*, ait d'une part cet intitulé précis en tant qu'ouvrage d'économie et, d'autre part, comporte un très important nombre de développements que l'on retrouverait davantage en France dans des manuels de droit constitutionnel<sup>213</sup>. Une telle osmose entre droit et économie, par le canal commun des notions de liberté, se retrouve également par exemple chez Milton Friedman, notamment dans son ouvrage *Capitalisme et Liberté*<sup>214</sup>.

Cette confusion y est poussée à son paroxysme en matière de réglementation des données personnelles. Dès l'origine du débat sur la question, dans les années 1970, la question de la réglementation des données personnelles a lieu essentiellement en termes économiques et est posée par des économistes ou des juristes promoteurs de l'analyse économique du droit<sup>215</sup>. Ainsi, dès 1981, la question de la *Privacy* se trouve analysée sous l'angle de l'analyse économique du droit par Richard Posner<sup>216</sup>. Ainsi, cet auteur s'oppose fermement, dans son principe même, à l'existence d'une législation relative aux données personnelles au motif que la protection ainsi mise en place est économiquement inefficace car elle engendre des externalités au détriment des organisations et parties non informées.

L'influence d'une telle conception explique qu'aujourd'hui, la réglementation américaine des traitements de données personnelles puisse être qualifiée d'embryonnaire au regard de celle adoptée par la France et l'Union européenne. En effet, premièrement, elle ne comporte pas de cadre général, seulement des instruments sectoriels<sup>217</sup>. Deuxièmement, cette réglementation n'est pas appliquée *a priori* par une autorité administrative mais *a posteriori*, devant le juge, laissant la part belle à des principes de réparation délictuelle et contractuelle<sup>218</sup>. Enfin, le droit américain fait une large place à l'autorégulation<sup>219</sup>.

213 HAYEK Friedrich August, op. cit., Chapitre 6, p. 281 et ss. Les analyses de l'auteur le portent d'ailleurs à envisager, au delà du seul droit constitutionnel, le droit public dans son ensemble, y incluant les finances publiques et le droit administratif.

214 FRIEDMAN Milton, *Capitalisme et liberté*, Leduc, 2010, essentiellement mais non exclusivement dans son premier et son deuxième chapitre, respectivement intitulés « Liberté économique et liberté politique » (p. 47 et ss.) et « Le rôle du pouvoir politique dans une société libre » (p. 67 et ss.).

215 Les premiers exemples étrangers de régimes nationaux relatifs aux traitements de données personnelles sont alors considérés par une grande partie de la doctrine juridique nord-américaine dans une optique économique comme des barrières non tarifaires déguisées. Voir *infra*, première partie, titre 1, chapitre 2.

216 POSNER Richard, *The economics of justice*, Harvard University Press, 1981, chapitre 9 et 10, p. 231 et ss. Voir également POSNER Richard, *Economic analysis of law*, sixth edition, Aspen publishers, 2003, p. 40, dans lequel il résume sa position sur le sujet : Il résume ainsi sa position sur le sujet, qui est assez représentative de la doctrine américaine en la matière, dans son ouvrage *Economic analysis of law* : « Secrecy figures in privacy law, which is conventionally treated as a branch of tort law but which is, in part, functionally a branch of property law. A typical issue of privacy law is whether a person should have a right to conceal discreditable facts about himself, for example that he is an ex-convict. There is no longer significant judicial support for such a right. The economist sees a parallel to the efforts of sellers to conceal defects in their products. A person « sells » himself by trying to persuade potential transacting partners – an employer, a fiancée, even a casual acquaintance – that he is honest, loyal, trustworthy, and, in short, virtuous. Should he be encouraged to deceive people by being given a right to sue anyone who reveals his lack of virtue ? ».

217 Les traitements du secteur public sont soumis au Privacy Act de 1974. Seuls certains traitements du secteur privés sont soumis à réglementation, ceux portant sur les données de communication électronique (Electronic Communication Privacy Act de 1986), les données de santé (Health Insurance Portability and Accountability Act de 1996), les données en lignes concernant les mineurs (Children's Online Privacy Protection Act de 1998) et les données financières (Fair Credit Reporting Act de 1970 et Gramm-Leach Bliley Act de 1999).

218 Voir par exemple *Krottner v. Starbucks Corp.*, 628 F.3d 1139, 1140 (9<sup>th</sup> Cir. 2010).

219 Cette autorégulation se développe pour l'essentiel à partir de codes de bonne pratique, telles que ceux mis en place en matière commerciale par la *Federal Trade Commission* (FTC).

Ce n'est qu'assez récemment, dans la doctrine économiste française, que la question a été posée en ces termes. La régulation des données personnelles y est alors envisagée comme visant « à obtenir un équilibre socialement acceptable entre la protection de la vie privée des personnes physiques, les intérêts économiques des exploitants de données personnelles et des objectifs plus généraux tels que la garantie des libertés fondamentales, l'ordre public et l'innovation »<sup>220</sup>. Certaines de ces contributions ont le mérite de mettre en lumière l'objet réel des instruments communautaires relatifs aux données personnelles : « Si de l'avis général, le respect des droits fondamentaux passe par la protection des données personnelles, cet aspect ne doit cependant pas en occulter un autre tout aussi important. La protection des données est supposée éviter que les questions juridiques liées à la protection de la vie privée ne fassent obstacle au développement des relations économiques et sociales entre États (OCDE, 1998). Cet aspect s'inscrit pleinement dans le souhait des États membres de l'UE de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques au sein des territoires européens »<sup>221</sup>. Une fois cet objet réel mis à jour, il devient compréhensible que la question de la violation du droit des données personnelles et, par là même, de la violation des droits et libertés de la personne fichée, puisse être traitée d'un point de vue économiste comme une simple « externalité négative »<sup>222</sup>. Tous ces auteurs se posent la question de l'efficacité comparée entre une régulation juridique et une régulation purement économique des données personnelles. En fait, la réelle question qu'ils se posent est celle de l'opportunité même de l'intervention de l'État pour corriger le libre-jeu de l'autonomie de la volonté en matière de traitements de données personnelles.

Or, un tel questionnement sous l'angle économiste paraît fondamentalement peu utile en ce qu'il méconnaît la solution déjà apportée en droit depuis les années 1970. En effet, autant en droit français qu'en droit européen, la question a été tranchée dans le sens de l'intervention de l'État. Dans ces conditions, il faut voir l'intervention de ces économistes français comme un décalque assez peu personnalisé et peu novateur des idées dominantes nord-américaines en la matière<sup>223</sup> qui, elles mêmes, ne cachent que fort peu la dimension lobbyiste de leurs propos.

Il résulte de tout ce qui précède qu'à ce jour, aucun auteur n'a proposé de qualification permettant de saisir l'intégralité du droit des données personnelles de manière satisfaisante. Ce n'est pas pour autant faute d'avoir essayé, mais tant le recours au concept de droit fondamental qu'à celui de régulation<sup>224</sup> échouent, à des degrés divers, dans la tâche de décrire l'ensemble des fonctions et enjeux du droit des données personnelles.

220 RALLET Alain et ROCHELANDET Fabrice, « La régulation des données personnelles face au web relationnel : une voie sans issue ? », *Réseaux*, 2011/3 n° 167, p. 21. Voir également DUMOULIN Régis et LANCELOT MILTGEN Caroline, « Entreprise et respect de la vie privée du consommateur » De l'usage autorisé à l'utilisation souhaitable des données personnelles, *Revue française de gestion*, 2012/5, n° 224, pp. 95-109 ; CECERE Grazia et ROCHELANDET Fabrice, « Modèle d'affaires numériques, données personnelles et sites web » Une évaluation empirique, *Revue française de gestion*, 2012/5, n° 224, pp. 111-124.

221 DUMONT Béatrice, « La régulation à l'échelle communautaire » Une analyse économique des instruments et institutions de la protection des données au sein de l'UE, *Réseaux*, 2011/3 n° 167, p.51.

222 RALLET Alain et ROCHELANDET Fabrice, *op. cit.*, p. 23. La notion même d'externalité négative y est expliquée p. 22 : « Une interdépendance entre agents économiques A et B est appelée externalité (Pigou, 1920 ; Meade, 1952) dès lors que l'action des agents A a des effets (positifs ou négatifs) sur des agents B (leur utilité ou leur profit) et que ces effets ne sont pas pris en compte par le marché. Dans ce cas, les décisions individuelles fondées sur les mécanismes de prix sont biaisées, car elles ne reflètent pas les coûts ou avantages sociaux qu'elles génèrent ».

223 RALLET Alain et ROCHELANDET Fabrice, *op. cit.*, p. 34.

224 Voir *infra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

Ainsi, une approche subjectiviste<sup>225</sup> du droit des données personnelles qui passerait par l'emploi du concept de droit fondamental pour en saisir l'ensemble est vouée à l'échec car elle nie la dualité de son objet. Une approche objectiviste, passant notamment par l'emploi du terme de régulation par certains juristes et économistes, constitue un progrès objectif dans la résolution de cette question, mais présente l'inconvénient de ne pas recourir à un concept solidement établi en droit public, ce que permet en revanche le recours à la notion de police administrative spéciale.

## §2 - Une clarification par le recours à la notion de police administrative spéciale

L'intérêt d'utiliser ce terme est de pouvoir saisir le droit des données personnelles comme une branche du droit qui consacre la liberté de l'informatique et l'aménage en rendant son exercice *a priori* compatible avec d'autres intérêts préexistants et nécessaires à la vie en société. Aujourd'hui, la raison pour laquelle cette police n'est plus conçue majoritairement que par son rôle de protection de la personne fichée tient à une évolution générale de la police, ou plutôt du point de vue que l'on peut adopter à son égard. En effet, dans une optique libérale classique, la seule liberté protégée par la police administrative est celle de son titulaire, qu'elle a pour objet de concrétiser (A). Dans une optique plus contemporaine, la police est sommée de protéger, non plus tant la liberté du titulaire, que certains droits et intérêts que l'exercice de cette liberté lèse<sup>226</sup>.

La raison pour laquelle il est si difficile d'arriver, lorsque l'on envisage le droit des données personnelles, à se départir du point de vue de la personne fichée, synthétisé par l'expression de « droit fondamental à la protection des données personnelles », résulte justement d'un tel télescopage entre une conception moderne et une conception post moderne des droits de l'homme : dans une optique moderne de protection des droits de l'homme, la seule liberté dont il est question en droit des données est celle de l'auteur de traitements ; dans une optique post moderne des droits fondamentaux, le seul droit dont il est question est celui à la protection de la personne fichée. Mais en dépit de ce changement d'accent ou de point de vue, la réalité de l'articulation de ces deux intérêts antagonistes au sein du droit des données reste la même, et le concept le plus pertinent pour exprimer leur relation demeure celui de police administrative

225 Sur cette dérive subjectiviste née d'une survalorisation contemporaine de la question des droits et libertés de la personne humaine, voir notamment RIGAUD Marie-Françoise, « La licéité des restrictions et des interventions préventives – quelques réflexions », *RTDH*, 1993, p. 59 : « l'exigence d'une protection exponentielle et maximaliste du Sujet de droits a eu pour effet pervers d'engendrer une dérive subjectiviste. Inférée par l'*énergie normative* des droits de l'homme, cette dérive est la conséquence de l'individualisme inhérent à toute ambition de maîtrise ; elle explique aussi la multiplication et l'aggravation des conflits de liberté ».

226 PICARD Étienne, « Rapport de synthèse », in VAUTROT-SCHWARZ Charles (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 292 : « Certes, on sait bien que la raison d'être originaire de la police, depuis la Révolution de 1789 repose sur la nécessité de garantir les droits de l'homme, et par conséquent cette polarisation du droit de la police sur les droits fondamentaux ne devrait rien comporter de remarquable. Mais, d'une part, les droits que la Déclaration a voulu garantir, qui étaient les droits de l'homme et pas exactement les droits fondamentaux, notion bien plus moderne, restaient très axés sur le principe constitutif initial de l'ordre libéral, celui de l'égalité liberté privée. Or, désormais, ce n'est plus le seul droit à l'égalité liberté compris selon le libéralisme d'antan que recoure cette notion de droits fondamentaux, mais aussi, le cas échéant, des droits très différents, comme les droits-créances, les droits-garantie, les droits procéduraux, les droits-intégrité, les droits-participation (...) ; d'autre part, là où la police était le plus souvent considérée comme un instrument de restriction de la liberté, elle l'est maintenant bien davantage comme un moyen nécessaire de protection de ces droits, ce qui représente une évolution fort importante. Mais celle-ci procède plus d'un changement de point de vue que d'un changement de nature de la police ».

spéciale (B).

### *A/ L'objet de la police : la réalisation concrète de la liberté*

Cette fonction de concrétisation de l'idée de liberté se déduit de la convergence observable entre certaines approches politistes et publicistes de la notion de police<sup>227</sup>. Dans une première acception, le recours à la science politique met en évidence la fonction disciplinaire de la notion de police dans le cadre d'une politique libérale : la liberté est une idée trop fragile pour pouvoir se réaliser par sa seule énonciation, dans une norme statutaire ; son énoncé doit être en permanence adapté et ajusté à la réalité par ce procédé disciplinaire qu'est la police (1). Dans une deuxième acception, le recours à une analyse de la notion de police effectuée sous l'angle du droit public contemporain confirme et inscrit dans le discours juridique contemporain cette fonction (2).

#### **1) Sous l'angle de la science-politique : la police comme discipline du libéralisme**

Le terme de police vient du grec *Politeia* et servait, à l'origine, pour désigner l'intégralité du gouvernement de la Cité. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il est initialement perçu et c'est la signification qu'il a lorsqu'il est utilisé par les contemporains de Nicolas Delamare au XVIII<sup>ème</sup> siècle et avant<sup>228</sup>. Selon cette « acception traditionnelle », la Police constitue une « première appellation du Droit administratif »<sup>229</sup>. Mais le terme de police a vu l'objet de sa désignation se restreindre progressivement, pour finir par désigner quelque chose de différent. Déterminer la raison de cette restriction est l'un des objets des auteurs s'attachant à l'étude de la généalogie de la police en France, des sciences camérales en Allemagne<sup>230</sup>.

Dans le cadre d'une société libérale, la notion unitaire de police déduite par ces auteurs forme un couple irréductible avec l'idée de liberté. Elle constitue alors, dans une approche davantage politique et historique que juridique, l'indispensable procédé disciplinaire de toute entreprise de libéralisation. Sous cet éclairage particulier, cette fonction est décrite comme trouvant son origine à la charnière entre le Bas-Moyen-âge et la Renaissance<sup>231</sup>. La police apparaît alors comme le procédé étatique d'accompagnement non pas de la liberté mais du libéralisme. En effet, « la liberté dans le régime du libéralisme n'est pas une donnée (...). La liberté, c'est quelque chose qui se fabrique à chaque instant. Le libéralisme, ce n'est pas ce qui accepte la liberté. Le libéralisme, c'est ce qui se propose de la fabriquer à chaque instant, de la susciter et de la produire avec bien entendu tout l'ensemble de contraintes, de problèmes de coût que pose cette fabrication »<sup>232</sup>. Dans cette optique, un processus de libéralisation doit être compris comme un processus qui « implique en son cœur un rapport de production destruction avec la liberté. Il faut d'une main produire la liberté, mais ce geste même implique que, de l'autre, on établisse des limitations, des

227 Opérer une distinction entre approches politistes et publicistes de la notion de police comporte une part importante d'artifice, surtout pour la première, dans laquelle le va et vient entre les concepts et idées politiques et leurs manifestations pratiques, en droit privé, de l'UE ou du commerce international, est incessant. Il n'est utilisé que pour la clarté de l'exposé.

228 NAPOLI Paolo, *Naissance de la police moderne*, La Découverte, 2003, p. 8 : « Delamare, auteur du monumental *Traité de la police*, avait repéré trois significations du mot « police » : gouvernement général des États (monarchie, aristocratie, démocratie) ; gouvernement de chaque État en particulier (police civile, militaire, ecclésiastique) ; et enfin, dans l'acception la plus restreinte et courante, l'ordre publique de chaque ville ». Pour d'autres variantes proposées par d'autres auteurs, voir dans ce même ouvrage p. 20 et ss.

229 LEGENDRE Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, p. 249.

230 Sur ces deux questions, voir de manière générale l'ouvrage précité de NAPOLI Paolo.

231 Voir *infra*.

232 FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil, 2004, p. 66.

contrôles, des coercitions, des obligations appuyées sur des menaces etc »<sup>233</sup>. Cette problématique est ainsi mise en évidence par Michel Foucault, lorsqu'il évoque notamment l'évolution de l'aménagement des villes françaises au XVIII<sup>ème</sup> siècle. L'objectif était alors de modifier l'aménagement de villes sortant du Moyen-âge. Cette période d'insécurité sur ce qui allait devenir des territoires nationaux pacifiés imposait une protection des villes à l'égard de l'extérieur. Cette protection se trouvait matérialisée par des remparts. Par ailleurs, de manière générale, ces villes étaient traversées de voies tortueuses peu propices à une circulation fluide des échanges. A partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle, l'optique de stimulation du commerce intérieur imposait de rationaliser les voies de circulation internes à ces villes et de supprimer les remparts afin de favoriser les échanges des échanges fluides avec le reste du Royaume<sup>234</sup>.

Mais il ne suffisait pas d'abattre ces remparts et d'aménager des voies de circulation urbaine spacieuses pour stimuler le commerce. Il fallait également produire d'une autre façon les conditions de la confiance, nécessaire à l'échange marchand. En effet, l'abolition des frontières intérieures aboutissait à la destruction des procédures locales de création de la confiance nécessaire aux relations de commerce : dans une ville ceinte de murs, une certaine connaissance minimale de l'identité des personnes était assurée par la proximité et la faible circulation avec l'extérieur. Les procédés de police créent de nouvelles procédures et institutions permettant de créer une telle confiance sur une plus large échelle territoriale. La question est alors celle du passage d'un commerce essentiellement tourné vers une communauté à son ouverture au monde extérieur, c'est à dire à la constitution pérenne d'un commerce qui deviendra international. Cette vision est encore d'actualité, pour certains auteurs contemporains pour qui, « schématiquement, les besoins du commerce international s'expriment en terme de liberté et de sécurité »<sup>235</sup>. Ces préoccupations, prégnantes dans l'ordre international, ne diffèrent en rien à ce degré de généralité de celles à l'œuvre dans l'ordre interne. La liberté nécessaire au commerce ne saurait être effective sans la sécurité matérielle, juridique et des échanges assurée par l'État.

Cette entreprise de production de la liberté par des procédés de police n'est pas spécifique à la libéralisation des échanges dans le cadre du territoire français au XVIII<sup>ème</sup> siècle. Elle apparaît comme une relation nécessaire à tout procédé de libéralisation et, à cet égard, sans que nous en ayons forcément conscience, la police est d'abord « une invention française et un produit d'exportation »<sup>236</sup>. Ce lien spécifique et indissoluble entre libéralisme et police se retrouve donc fort logiquement dans le cadre de l'accompagnement juridique de ce que nous appelons la mondialisation. Un exemple peut en être donné dans le cadre de la construction européenne. Sous l'angle du droit de l'UE, une telle fonction est nettement perceptible, sans toutefois être dénommée comme telle. Ainsi, la création d'un marché intérieur dépourvu de frontières régionales internes entraîne alors la nécessité de ce que le vocabulaire du droit communautaire appellera trois siècles plus tard des « mesures de compensation »<sup>237</sup>, qui ne visent concrètement

233 FOUCAULT Michel, *op. cit.*, p. 65.

234 FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France.1977-1978*, Gallimard-Seuil, 2004, p. 19: Prenant comme exemple les projets relatifs à la ville de Nantes, il met en exergue le projet emblématique et « bien charmant » d'un architecte « du nom de Rousseau et qui avait l'idée de reconstruire Nantes autour d'une sorte de boulevard promenade qui aurait la forme d'un cœur. Oui, il rêve, mais ça a tout de même une importance. On voit bien que le problème c'était la circulation, c'est à dire que, pour que la ville soit un agent parfait de circulation, il fallait que ça ait la forme d'un cœur qui assure la circulation du sang ».

235 RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2011, p. 6.

236 L'HEUILLET Hélène, « La généalogie de la police », *Cultures & Conflits*, n°48, hiver 2002, p. 111.

237 Une telle corrélation a été mise en évidence en ce qui concerne tant la réalisation du Marché intérieur que celle des accords de Schengen et ses emblématiques mesures de compensation. Voir notamment, d'une part, CHEVALLIER Jacques, « Les enjeux de la déréglementation », *RDP*, 1987, p. 285 : « la déréglementation est

qu'à « permettre la surveillance, dès lors que la suppression des murailles rendue nécessaire par le développement économique faisait qu'on ne pouvait plus fermer les villes le soir ou surveiller exactement les allées et venues pendant la journée, et par conséquent l'insécurité des villes était accrue (...). Autrement dit, il s'agissait d'organiser la circulation, d'éliminer ce qui était dangereux, de faire le partage entre la bonne et la mauvaise circulation »<sup>238</sup>. La disparition physique des garanties constituées dans l'espace communautaire par les contrôles aux frontières intérieures a entraîné la nécessité pour l'UE de prévoir des « mesures compensatoires qui tiennent en un développement poussé de la coopération judiciaire, douanière et policière »<sup>239</sup>. Au titre de ces mesures compensatoires se trouve notamment la généralisation des procédés biométriques pour les contrôles d'identité. Il ne s'agit alors que d'une actualisation du but recherché par les auteurs du décret du décret du 6 fructidor an II<sup>240</sup>, en renforçant à des fins de police le principe de l'immutabilité patronymique en en inscrivant le principe jusque dans le corps même de l'individu. Alors qu'auparavant il pouvait être encore concevable de changer d'identité par la grâce de faux papiers, l'établissement d'une correspondance entre le patronyme et les caractéristiques biologiques de la personne apporte une sécurité *a priori* absolue à un procédé de libéralisation européen particulièrement abouti.

Ainsi, quelle qu'en soit l'époque et l'échelle territoriale, la production de liberté qui caractérise le libéralisme implique son accompagnement par des procédés policiers aptes à la produire de manière concrète. Parti de la science-politique, un tel constat a pu trouver en droit public un soutien et un prolongement doctrinal.

## 2) Sous l'angle du droit public : la police comme institution primaire de l'ordre libéral

Une notion unitaire de la police ne saurait se concevoir à partir des définitions employées en droit administratif, qui n'en constituent que des déclinaisons particulières. Comme l'observe le professeur Étienne Picard, « la police n'apparaît plus comme une notion propre à la « fonction administrative » qu'il faudrait situer à l'intérieur de cette seule fonction et identifier au moyen des seules catégories que celle-ci véhicule: la police n'est nullement une forme de la fonction administrative: c'est en partie le contraire. Il apparaît donc que l'erreur méthodologique la plus radicale – bien que la plus communément répandue – consiste, à propos de la police, à vouloir saisir cette notion en la confondant avec sa forme administrative (ou pire, municipale) et en cherchant plus ou moins implicitement à extrapoler, de cette dernière, ses autres formes, législative et judiciaire »<sup>241</sup>.

souvent assortie d'un mouvement compensatoire de re-réglementation, qui réduit d'autant son impact concret : le retour aux disciplines du marché est ainsi généralement accompagné d'une réglementation plus stricte de la concurrence, destinée à éviter les possibles dérapages ou distorsions » ; d'autre part, GUERRIER Claudine, « Les cartes d'identité et la biométrie: l'enjeu sécuritaire », *CCE*, mai 2004, p. 20: « Pour pallier les inconvénients du libéralisme des accords de Schengen et la non-justification de la nationalité des personnes physiques, se mettent en place une coopération intereuropéenne et le système d'information de Schengen » et « ainsi, Schengen, basé sur le principe de libre circulation, et sur la suppression du justificatif de nationalité aboutit, à travers le SIS, à un système centralisé qui peut poser problème en terme de respect de la vie privée ».

238 FOUCAULT Michel, *op. cit.*, p. 20.

239 STIRLING-BELIN Florence, *op. cit.*, p. 415.

240 Voir *infra*, première partie, titre 2, chapitre 2, section 1.

241 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 528. Pour une formulation différente et plus récente, voir PICARD Étienne, « Rapport de synthèse », in VAUTROT-SCHWARZ Charles (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 251 : « il ne faut pas commencer par considérer la seule police administrative, pour elle-même ou en elle-même : il importe d'abord de bien voir qu'elle n'est qu'une forme particulière d'une fonction plus générale de la puissance publique : il faut donc la saisir en tant qu'elle est une « police », et prendre conscience que ce qu'il y a de plus déterminant en

Il en résulte que la fonction de police, tout en conservant son essence, ne passe pas nécessairement par les formes auxquelles se trouvent accoutumés les auteurs et praticiens du droit administratif interne. Elle se caractérise par une unité transcendant les diverses frontières disciplinaires, ce qui est logique dans la mesure où l'activité libre qu'elle régit, bien que tout aussi segmentée par les mêmes disciplines, forme elle-même à la base, pour tout non juriste ainsi que pour le législateur confronté à la question de sa réglementation, un ensemble cohérent et unitaire. Ainsi, l'activité de libre concurrence n'est pas réductible aux procédés spécifiques déployés dans chaque discipline pour la réglementer. Le législateur, lorsqu'il institue une police spéciale, ne distingue pas dans le texte de loi les dispositions relevant du droit administratif, du droit international public, privé... Lorsque les auteurs et praticiens de ces différentes disciplines constatent, pour une même activité, l'existence de procédés limitant l'exercice d'une liberté en vue de pérenniser son exercice, ils ne font qu'observer les différents aspects d'une même fonction de police.

La fonction de la police se trouve dépeinte, en des termes qui peuvent varier, dans les écrits s'inspirant de la théorie institutionnaliste de Maurice Hauriou<sup>242</sup> ainsi que, certes de manière plus réduite, dans ceux de Léon Duguit.

Dans le cadre de cette première approche, « l'unité conceptuelle de toutes les formes et de tous les procédés de la police réside dans leur appartenance commune à la notion de fonction de protection de l'institution primaire libérale »<sup>243</sup>. Ce procédé vise à préserver le droit tel qu'il est énoncé de ses propres imperfections et de ses éventuelles implications néfastes pour le principe même qui est posé. Ainsi, elle peut s'analyser comme « le « substitut fonctionnel » d'un système statique, d'une organisation instituée pour être une structure stable mais portant néanmoins en elle ce moyen de faire face à ses imperfections, à ses dérèglements et à ses crises. La police consiste donc à entreprendre tout ce qui, dans la conscience collective ou pour les organes chargés de l'interpréter, se révèle indispensable à la protection de l'ordre institutionnel ; elle est la part concédée au nécessaire, mais elle se limite à cela ». Le professeur Étienne Picard en déduit alors que « la police tire tous ses caractères de son fondement, et [que] celui-ci réside dans l'incapacité de l'ordre statutaire à se protéger lui-même parfaitement »<sup>244</sup>.

Le résultat de l'analyse institutionnaliste se retrouve au fond, quoiqu'exprimé en des termes différents, dans l'œuvre de Léon Duguit. En effet, ce dernier isole deux composantes caractéristiques de la loi, la composante normative qui énonce la règle et la composante constructive qui tend à rendre cette règle effective<sup>245</sup>. Une loi n'énonçant qu'un principe apparaît

elle, dans un premier temps, n'est pas son épithète, mais son substantif : que l'important n'est pas qu'elle soit « administrative », mais bien qu'elle soit une « police ».

242 HAURIUO Maurice, « L'Institution et le droit statutaire », in *Recueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>ème</sup> série, T. 11, 1906, pp. 134-182.

243 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 529.

244 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 506.

245 DUGUIT Léon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003, pp. 542-543 : « nous rappelons que la loi n'est pas seulement une opération intellectuelle de la part du gouvernant, qu'elle est aussi un acte de volonté : le gouvernant non seulement constate le droit objectif, mais il veut qu'il soit appliqué. Ce n'est pas cet acte de volonté qui le rend obligatoire ; mais l'acte de volonté n'en existe pas moins. La loi n'est pas seulement une manifestation volontaire des gouvernants. D'autre part, il arrive souvent, le plus souvent même, que dans la loi positive le gouvernant ne se borne pas à constater une règle de droit et à en vouloir l'application, il prend en outre des mesures, il construit un système pour assurer dans la mesure du possible l'obéissance à la loi, en organisant des moyens destinés à en prévenir et à en réprimer la violation. Il y a ainsi, dans la plupart des lois positives, une série de dispositions, qui ne sont plus la constatation d'une règle de droit, mais qui ont pour but d'organiser les mesures propres à assurer l'application de la loi. Nous appellerons cette partie de la loi, à défaut d'autre nom, la partie constructive de la loi, par opposition à la partie de la loi, qui se

alors comme une variété de ce « que les interprètes du droit romain qualifient de *leges imperfectae* »<sup>246</sup>, soit une loi imparfaite. Léon Duguit définit plus particulièrement cette partie constructive des lois comme « des dispositions artificielles en ce sens qu'elles sont une création du législateur »<sup>247</sup>. Il limite leur domaine d'intervention à trois grands domaines : « 1° Les règles d'après lesquelles les titulaires d'un pouvoir objectif peuvent intervenir pour exercer ce pouvoir et créer dans les limites de ce pouvoir une situation juridique subjective, que les titulaires de ce pouvoir objectif soient de simples particuliers, qu'ils soient les gouvernants ou leurs agents ; 2° les règles suivant lesquelles particulièrement les agents de l'État, et notamment les agents de juridiction, doivent statuer sur les espèces qui leur sont soumises ; 3° les règles suivant lesquelles la force publique devra intervenir pour assurer la réalisation, par la contrainte, de l'effet voulu et reconnu légitimement voulu »<sup>248</sup>. Ainsi, il esquisse, quoique de manière plus large que Maurice Hauriou, la fonction disciplinaire des procédés de police, dont la fonction ne peut être décrite que comme constructive et non impérative, pour employer ses termes.

Mais en dépit de la diversité de ces formulations, la fonction du procédé de police reste la même, en constituant historiquement l'institution disciplinaire de tous les aspects<sup>249</sup> et développements<sup>250</sup> du libéralisme. Pour autant, c'est essentiellement le libéralisme économique qui a suscité un tel développement et de la production de liberté, et de diversification et de multiplication des procédés policiers<sup>251</sup>. Cela explique la proximité sémantique des termes utilisés respectivement par Étienne Picard et Michel Foucault pour décrire, dans deux disciplines différentes, cet objet similaire qu'est la police en terme de discipline.

Si pour le premier il ne s'agit que d'utiliser la terminologie simple et claire élaborée par Maurice Hauriou dans le cadre de sa théorie de l'institution, le second donne de la notion de discipline une définition qui n'est pas sans évoquer, de façon troublante, les buts et les procédés de la police administrative. En effet, Michel Foucault définit la discipline comme « le procédé technique unitaire par lequel la force du corps est aux moindres frais réduite comme « force politique », et maximalisée comme force utile »<sup>252</sup>. Il explicite cette notion comme suit : « D'une façon globale, on peut dire que les disciplines sont des techniques pour assurer l'ordonnance des multiplicités humaines. Il est vrai qu'il n'y a là rien d'exceptionnel, ni même de caractéristique: à tout système de pouvoir se pose le même problème. Mais le propre des disciplines, c'est qu'elles tentent de définir à l'égard des multiplicités une tactique du pouvoir qui réponde à trois critères: rendre l'exercice du pouvoir le moins coûteux possible (économiquement, par la faible dépense qu'il entraîne; politiquement, par sa discrétion, sa faible extériorisation, sa relative invisibilité, le peu de résistance qu'il suscite); faire que les effets de ce pouvoir social soient portés à leur maximum

borne à constater implicitement ou expressément la règle de droit impérative, que nous appellerons la partie normative de la loi ou simplement la norme ».

246 DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 544.

247 DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 560.

248 DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 560.

249 Nous envisageons sous ce terme le libéralisme politique et économique.

250 Nous envisageons sous ce terme le libéralisme classique et le néo-libéralisme.

251 Si le libéralisme économique semble être le premier moteur du développement de la police, le libéralisme politique, via la subjectivisation du droit opérée par le renouveau des droits et libertés fondamentales depuis l'après guerre, semble prendre le relais. Cette fonction de concrétisation des droits et libertés fondamentales par la police administrative n'a pas échappé à la doctrine. Voir ainsi DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 183. Voir également PICARD Étienne, « Rapport de synthèse », in VAUTROT-SCHWARZ Charles (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 292. Sur cette question de l'apport de la police à la garantie concrète des droits et libertés, voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 1.

252 FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2007, p. 258.

d'intensité et étendus aussi loin que possible, sans échec, ni lacune; lier enfin cette croissance « économique » du pouvoir et le rendement des appareils à l'intérieur desquels il s'exerce (que ce soient les appareils pédagogiques, militaires, industriels, médicaux), bref faire croître à la fois la docilité et l'utilité de tous les éléments du système »<sup>253</sup>. Dans les mots de Michel Foucault, la police apparaît alors comme un procédé d'exécution de choix politiques régissant des sociétés humaines dans une optique d'efficacité de l'action publique. De tels objectifs ne sont alors pas sans évoquer des contraintes et des valeurs pesant, en droit public, de manière apparemment intemporelle, sur l'action des personnes publiques<sup>254</sup>.

Ces deux façons de conceptualiser la notion de police visent donc toutes à protéger un équilibre, un ordre. Celui-ci n'est donc pas forcément libéral et dépend intimement de la doctrine dominante en matière politique et économique. L'existence d'un contexte historique favorable au libéralisme en France avant le XIX<sup>ème</sup> siècle permet ainsi d'affirmer que la police constitue, dans ce cas précis, l'institution disciplinaire d'un ordre considéré dans l'ensemble comme libéral<sup>255</sup>. Le renforcement et l'accélération -pas toujours linéaire, loin s'en faut- de cette tendance au XIX<sup>ème</sup> explique le caractère très daté de ce raffinement de la notion de police que sont les polices administratives spéciales.

### *B/ L'objet des polices administratives spéciales : la consécration et l'aménagement de libertés spécifiques*

Le caractère daté de la notion de police administrative spéciale est lié à son contexte d'élaboration doctrinale : à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les évolutions du droit rendaient nécessaire l'élaboration de ce concept pour rendre compte des inflexions de la notion de police administrative générale (1). Ce caractère situé dans un certain contexte explique la spécificité, souvent mal perçue, de la notion de police administrative spéciale : elle constitue l'envers de la notion de liberté publique (2).

#### **1) La police administrative spéciale, élément daté de la notion de police administrative**

La police administrative générale a pour but « la conservation de l'ordre public général, à l'occasion des activités humaines »<sup>256</sup>. Une police administrative spéciale vise à protéger un ordre public spécial, autrement dit à « établir *a priori* des règles d'action ou de comportement qui ne respectent pas forcément ce que le libre jeu des activités enseignerait »<sup>257</sup>. La différence essentielle entre ces deux notions tient à leur efficacité prévisible. Le législateur ne définit un ordre public spécial et ne lui adjoint une police administrative spéciale que lorsqu'il pressent avant l'expérience que l'équilibre qu'il définit ne saurait être effectivement atteint si sa réalisation dépendait du libre jeu de l'autonomie de la volonté<sup>258</sup>.

253 FOUCAULT Michel, *op. cit.*, p. 254.

254 Voir *infra*, première partie, titre 2.

255 Sur le lien entre développement du libéralisme, au moins économique, et police avant le XIX<sup>ème</sup> siècle, voir *infra*.

256 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *Police générale, polices spéciales (Recherche sur la spécificité des polices générale et spéciale)*, thèse, Rennes, 1988, p. 125. Pour une présentation actuelle de sa définition et de ses caractéristiques, voir CHRETIEN Patrice et CHIFFLOT Nicolas, *Droit administratif*, 13<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2012, p. 551 et ss.

257 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 126.

258 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 570: « Il y a donc lieu – éventuellement – à la création d'un ordre public spécial ou à habilitation expresse, lorsque celle produite par l'ordre public général est jugée, par les autorités compétentes

Cette carence du binôme ordre public général/police administrative générale à protéger efficacement cet intérêt se justifie tout d'abord par la limitation des pouvoirs de police générale résultant d'une définition restrictive de l'ordre public ; toutes les questions en la matière ne pouvant être rattachées à la sécurité, à la salubrité, au bon ordre, au respect de la moralité publique et de la dignité de la personne humaine.

Une protection effective des intérêts les plus divers que recouvre l'intérêt général peut nécessiter des mesures plus sévères que celles qui pourraient être prescrites par les autorités de police générale au titre du maintien de l'ordre public<sup>259</sup>. De manière générale, le recours à un ordre public spécial constitue une aggravation des prescriptions éventuelles de l'ordre public général, aggravation justifiée par la nécessité de protéger l'institution primaire libérale sur des thématiques précises et/ou techniques. Cette aggravation se traduit globalement par des restrictions accrues à la liberté de la personne faisant l'objet d'un contrôle de police administrative. Afin de limiter ces atteintes à la liberté et de restreindre autant que possible la part d'arbitraire de l'autorité de police spéciale, favorisé par la jouissance de pouvoirs de contrainte inhabituellement sévères, les textes instaurant des polices administratives spéciales sont particulièrement détaillés. Cette précision textuelle et technique s'agissant du droit des données personnelles, cause majeure du désintérêt qu'elle inspire au monde universitaire, trouve donc sa justification dans la volonté de prévenir tout risque d'arbitraire de la part de l'autorité de police spéciale dans les restrictions dont elle peut assortir la liberté, ici celle de traiter des données personnelles<sup>260</sup>.

La différence entre les deux formes de la police administrative peut également être perçue par l'opposition entre le caractère normal de l'existence de la police administrative générale<sup>261</sup>, et le caractère *a priori* plus exceptionnel des polices administratives spéciales<sup>262</sup>, qui s'explique par l'atteinte plus importante portée aux libertés. Cette différence est également mise en exergue à travers les qualificatifs impressionniste/méthodique. La police administrative générale apparaît

pour en décider, ne pas convenir aux nécessités de la protection de l'ordre institutionnel ».

259 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 572: « L'habilitation expresse est donc susceptible d'aggraver l'objet de la mesure: là où l'autorité de police générale ne pourrait que réglementer, soumettre telle activité à une simple déclaration préalable ou ne l'interdire que très partiellement, l'ordre public spécial permettra à l'autorité compétente de délivrer une autorisation préalable, d'interdire totalement ou d'enjoindre une obligation positive dont le seul ordre public général ne saurait, compte tenu des circonstances, constituer le fondement ». Voir l'exemple cité p. 573, note n° 32: « Le maire peut, sur la base de ses pouvoirs propres, réglementer certaines activités dangereuses pour la salubrité; mais l'ordre public général communal ne lui confère pas assez de pouvoir pour réglementer les établissements industriels ou commerciaux comme l'a fait la loi du 19 décembre 1917 sur les établissements classés, puis la loi du 19 juillet 1976 sur les installations classées ».

260 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 573: « Dans la mesure où les termes de l'équilibre ou de l'adéquation sont déplacés au profit de l'ordre institutionnel et au détriment de la liberté du destinataire, il y a toutes les raisons pour que le texte spécial prenne certaines précautions destinées à parer aux risques d'arbitraire: le texte est donc en général détaillé. Mais si la nature des motifs de fait à prendre en considération est telle qu'ils ne se laissent pas facilement enfermer dans des catégories *a priori* et abstraites des motifs de droit, le texte ne sera pas très précis ». Tel n'est pas le cas pour le droit des données personnelles, qui comporte dans son immense majorité des catégories précises et objectives, à l'instar de celle de « donnée personnelle », désignant toute information relative à une personne identifiable.

261 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 5: « La police générale est cette police qui ressortit naturellement à la compétence des autorités exécutives, car il n'est pas de vie sociale harmonieuse possible ni d'usage paisible de la liberté sans ordre public ».

262 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 9: « Les polices spéciales, quant à elles, vont apparaître approximativement d'abord comme un moyen de suppléer les insuffisances de la police générale. (...) Là où une nécessité d'évidence imposait l'institution d'une police générale, la support de la loi est apparu nécessaire pour instituer des compétences d'ordre public d'un autre type ».

ainsi dans la thèse du professeur François Jongen comme une œuvre de correction par des mesures de réglementation du principe de liberté petites et localisées : « la police administrative recouvre l'ensemble des interventions ponctuelles mues par ou à l'initiative de l'autorité administrative compétente aux fins de garantir le fonctionnement harmonieux et conforme à l'intérêt général d'une activité sociale »<sup>263</sup>. Dans cette définition, l'auteur belge attache une grande importance au terme « ponctuelles », dont il estime qu'il a deux implications précises sur la notion de police : « D'abord, les interventions de police restent l'exception dans un régime juridique où la liberté de l'activité sociale considérée est la règle : ce n'est que là où le risque existe de voir la liberté des uns nuire à celle des autres que l'autorité de police interviendra. Ensuite, les interventions de police se caractérisent par leur caractère appliqué : alors que le législateur prend des normes qui s'appliquent en principe de façon générale à un nombre indéterminé de destinataires, les interventions de police, même quand elles prennent la forme d'une mesure apparemment générale (règlement plutôt que décision individuelle), visent avant tout à rencontrer un problème précis et, éventuellement, à en éviter le renouvellement »<sup>264</sup>.

La considération conjointe de ces deux modes de distinction des formes de la police administrative permet de retenir pour les distinguer le terme de « police d'improvisation » pour désigner la police administrative générale et celle de « police d'organisation » pour qualifier les polices administratives spéciales<sup>265</sup>.

S'il est établi que les polices administratives spéciales préexistaient au XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>266</sup>, force est toutefois de constater une augmentation sensible de leur nombre à partir de la deuxième moitié de ce siècle<sup>267</sup>. La raison en est à titre essentiel l'évolution dans la conception de leur objet même : la conception de la liberté. Comme le remarque Gilbert Gaillard dans sa thèse, « contrairement aux polices générales, les polices spéciales ne se contentent plus du caractère négatif et traditionnel d'absence de désordre (...) ; elles répondent à une obligation positive : l'organisation fonctionnelle des libertés (...) face aux exigences accrues d'une ordre public étendu »<sup>268</sup>.

Ce constat implique de dépasser le seul cadre du droit administratif pour expliquer cette évolution de la notion de police administrative spéciale. En effet, le motif de cette évolution est politique et non juridique, et tient à « l'invention du social »<sup>269</sup> au XIX<sup>ème</sup> siècle. Le solidarisme qui, en France, en est issu, s'efforce de rechercher la synthèse entre un régime démocratique et un régime libéral<sup>270</sup>. C'est cet effort de synthèse qui, depuis le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, est à l'origine de la multiplication des polices administratives spéciales dans notre ordre juridique. Elles constituent

263 JONGEN François, *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, thèse, Bruylant, 1994, p. 50.

264 JONGEN François, *op. cit.*, p. 50.

265 GAILLARD Gilbert, *Les polices spéciales en droit administratif*, thèse, Grenoble, 1977, p. 107 : « Il résulte de tout ce qui précède, que loin d'être, à l'instar des polices générales, de simples polices d'improvisation, les polices spéciales sont de véritables polices d'organisation. Elles dégagent les règles d'une harmonie future beaucoup plus qu'elles ne remédient à une harmonie rompue ».

266 LIVET Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974, p. 50 : « La poursuite de l'intérêt général s'exerce en de multiples domaines, qui concernent l'ensemble des libertés : de tout temps ont existé de nombreuses polices spéciales dont le but n'était pas précisément la protection de l'ordre public traditionnel ; c'est le cas de la police des cours d'eau, ou encore de la police de la construction ».

267 Pour en avoir une idée, voir le recensement effectué à la fin de la thèse suivante : DELHOSTE Marie-France, *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 214, 2001.

268 GAILLARD Gilbert, *op. cit.*, p. 101.

269 DONZELOT Jacques, *L'invention du social*, Seuil, 1994.

270 DONZELOT Jacques, *op. cit.*, p. 73 et ss.

pour ainsi dire la manifestation proprement juridique d'un « solidarisme législatif ».

Le législateur cherchait alors à corriger et compléter les clauses du contrat social. Ce dernier ne pouvait se limiter au seul ordre public classique car il était insuffisant à prévenir utilement les abus de liberté. De tels abus étaient d'autant plus ressentis comme tels que le progrès technologique et économique permettait une concentration de moyens apte à fausser en fait et non en droit le jeu de l'autonomie de la volonté. Le professeur George Burdeau a ainsi résumé cette inflexion du libéralisme : « Faisant davantage confiance à l'individu qu'à l'aménagement volontaire des mécanismes sociaux, l'optimisme libéral se fondait sur la conviction que la société ne pouvait mieux remplir ses fins qu'en assurant la plus large autonomie aux activités industrielles. Une représentation étriquée du but social procédait de cette croyance, et une réglementation limitée devait, pensait-on, suffire à atteindre ce but. Or, les faits ont apporté un démenti à cette confiance... D'où la croyance nouvelle qui s'est progressivement imposée à partir du dernier tiers du XIX<sup>ème</sup> siècle, et selon laquelle l'accomplissement du but social postulait l'intervention du pouvoir par l'entremise de la multiplication des règlement de droits. La société allait être désormais prise en charge par la politique dont les vues quant à la finalité sociale s'exprimeraient par une réglementation toujours plus développée »<sup>271</sup>. La police administrative spéciale constitue donc un instrument daté en ce que son développement est concomitant de l'apparition, grâce au progrès technologique, de nouvelles libertés dont un exercice non encadré pourrait prévisiblement s'avérer néfaste pour la société<sup>272</sup>.

Cette préférence donnée à la police administrative spéciale est ainsi directement liée à l'évolution non seulement de la société par le progrès social et technologique<sup>273</sup>, mais également à celle du rôle de l'État à partir du milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle. A cet égard, Pierre Livet considère qu'à l'État gendarme correspond une défense de l'ordre public général par la police administrative générale, tandis que le développement de l'État Providence caractériserait l'essor des polices spéciales<sup>274</sup>. Cette analyse rencontre certes des limites<sup>275</sup>, ne serait-ce que parce qu'il existe des polices administratives spéciales antérieures à la construction de l'État Providence et ne serait-ce que parce que cette forme de gouvernement qu'est l'État providence n'est pas apparu d'un coup sous la III<sup>ème</sup> République mais se trouvait en germe avant. Mais elle a le mérite de tracer une ligne d'évolution générale propre au droit administratif d'une part, au droit privé et, plus spécialement, au droit civil et au droit international privé d'autre part. Le professeur Maillard critique ainsi la thèse du professeur Picard, qui considère que les deux formes de polices dérivent d'une même idée d'œuvre libérale : « Or, l'idée d'œuvre que les institutions libérales actuelles -et même passées- cherchent à réaliser, se présente sous des aspects suffisamment contrastés pour qu'il soit impossible de l'assimiler à l'idée d'œuvre de l'institution primaire libérale décrite par M. Picard, qui ne correspond plus qu'à un moment historique de l'évolution politique de la société française. S'il faut parler de la police comme de la fonction disciplinaire de l'État libéral, c'est à la condition de n'entendre cette expression que comme un synonyme de celle de démocratie libérale, ce qui est évidemment un sens très différent de celui que lui donne M. Picard. A ce titre, il est vrai que la police – spécialement la police spéciale - reste une fonction disciplinaire de l'institution primaire,

271 BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, Tome I, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1980, p. 277.

272 DELHOSTE Marie-France, *op. cit.*, p. 11 : « La spécificité d'une police administrative répond à la spécificité d'un domaine de la vie sociale et satisfait à l'exigence d'adaptabilité de l'activité normative au mouvement de transformation des sociétés humaines ».

273 DELHOSTE Marie-France, *op. cit.*, p. 16 : « L'histoire des polices administratives spéciales est ainsi le fruit et le reflet de l'histoire d'une société ».

274 LIVET Pierre, *op. cit.*, pp. 35-54.

275 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 207.

mais elle n'intervient pas forcément dans l'intérêt de l'idée d'œuvre libérale, un moment à la base des institutions françaises. Toutes les analyses – et les observations les plus immédiates – font ressortir la transformation des fonctions de l'État depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle et la transformation corrélative de l'idée d'œuvre à réaliser »<sup>276</sup>.

Il résulte de ce qui précède les distinctions suivantes entre police administrative générale et spéciale et entre ordre public général et spécial, qui seront utilisées dans le cadre de cette thèse.

La police administrative générale a pour but de préserver l'ordre public général. Ce dernier peut se définir par son contenu et ses effets. Il se définit comme un état de paix et d'harmonie sociale. Il constitue une norme habilitant implicitement l'autorité de police à restreindre les libertés en vue de sa protection. Ce faisant, la police administrative a pour objet la réglementation de la liberté au sens large, qui consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, une liberté générale. La largeur de cet objectif et l'indétermination des atteintes pouvant alors être portées à l'ordre public général justifie l'attribution du pouvoir de police à un certain nombre de titulaires.

La police administrative spéciale a pour but de préserver un ordre public spécial. Ce dernier présente un contenu et des effets plus précis. Il se définit comme un équilibre énoncé par le législateur entre les bienfaits apportés par l'exercice le plus large possible d'une ou plusieurs libertés spécifiques, et la protection de valeurs ou d'intérêts pouvant heurter cette ou ces libertés ; soit qu'on y voit un frein, soit que l'on considère qu'ils sont menacés par cette ou ces libertés. Cet ordre public spécial, institué par la loi, joue le rôle d'une norme écrite habilitant l'autorité de police administrative spéciale à restreindre l'exercice de la liberté spéciale considérée. Cette dernière ne constitue qu'un démembrement du principe général de liberté. Son isolation se justifie à raison de l'intérêt de son exercice pour la vie en société et par la conscience que son effectivité ne peut être laissée au libre jeu de l'autonomie de la volonté. La fonction d'une police spéciale consiste alors en la protection préventive d'un équilibre entre les bienfaits attendus d'une liberté spécifique et le désamorçage des conflits prévisibles avec d'autres intérêts ou valeurs préexistants.

## **2) Les polices administratives spéciales, procédés disciplinaires des libertés publiques**

Dans un contexte démocratique et libéral, la police a pour objet même la réglementation de la Liberté ou d'une liberté spécifique. En effet, elle restreint une activité humaine, déterminée à l'avance ou non. Or, dans le contexte défini par l'article 4 de la DDHC, toute activité ne nuisant *a priori* pas à autrui est présumée libre par principe. Le professeur Philippe Braud identifie d'ailleurs les libertés publiques par l'objet de l'obligation qu'elles impliquent, c'est à dire du « respect d'une libre conduite des particuliers »<sup>277</sup>. L'encadrement de cette liberté au sens large est l'objet de la police générale. Cette dernière a pour but de concilier l'exercice de ce principe général de liberté, dans ses formes les moins spécifiques et les plus imprévisibles, avec les conditions de base de vie en société.

Mais, dans un tel contexte général de liberté, pourquoi isoler certaines activités libres pour leur donner en droit une dénomination déterminée ? Pour le dire autrement, quelle est l'utilité pour le législateur d'énoncer des libertés publiques spécifiques, dans la mesure où *a priori*, elles ne constituent que des conséquences naturelles du principe général de liberté ? La raison à cela est double.

D'abord parce que de telles activités peuvent être considérées comme porteuses d'un intérêt

276 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, pp. 211-212.

277 BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, 1968, p. 155.

général identifié pour la vie en collectivité. Ainsi, la liberté d'entreprendre est porteuse d'un tel intérêt dans la mesure où elle est présumée être créatrice de richesses et de progrès technologiques. Mais son exercice peut également entraîner ce que les économistes appellent des « externalités négatives », c'est à dire des conséquences non désirées de l'activité portant atteintes à la vie en collectivité, telle que la pollution de l'environnement.

Ensuite parce que de la même façon que la contribution à l'intérêt général de cette activité se trouve *a priori* identifiée, l'est également la prévisible inaptitude de cette activité à perdurer dans un climat de liberté, sous la seule protection de l'ordre public général, en raison de son exercice nuisible envers autrui.

Cette raison est à la base de la « théorie des droits définis », que le professeur Georges Burdeau énonce ainsi : « Les visages de la liberté sont innombrables et le législateur n'a pu fixer les traits de chacun d'entre eux. Il a établi seulement le régime des libertés essentielles, soit parce qu'elles étaient particulièrement menacées, soit à raison de l'importance qu'elles présentent au point de vue politique, pour déterminer le climat philosophique et social du régime. Cette intervention du législateur n'a pas seulement pour effet de préciser la consistance des droits dont il s'agit ; elle les consolide et les assure à l'encontre des entreprises éventuelles de l'administration. En effet, d'après une jurisprudence bien établie, le fait que la loi a réglementé elle-même l'exercice d'une liberté est considéré comme une circonstance aggravante, de nature à rendre plus facile, le cas échéant, la preuve que l'administration a excédé ses pouvoirs en la restreignant, et plus large sa responsabilité »<sup>278</sup>.

Cette faiblesse congénitale de la police administrative générale et de l'ordre public correspondant à réglementer une activité précise peut naître de deux facteurs. Soit cette activité apparaît comme particulièrement attentatoire à certains éléments de l'ordre public général ou à des intérêts considérés comme dignes de protection par le législateur. Dans ce cas, l'ordre public général paraît impuissant à en assurer un exercice optimal. En effet, il peut être prévisible que l'émiettement territorial des autorités protégeant cet ordre public pourra retentir sur l'unité du régime juridique de cette activité, morcelant territorialement ce régime en fonction de la sensibilité des autorités. Or, un tel morcellement est facteur d'insécurité juridique. Soit, et souvent les deux aspects sont liés, l'exercice libre de cette activité ne pourrait être assuré de manière optimale dans un régime de pure autonomie de la volonté, en suscitant de manière prévisible un grand nombre de collisions entre l'exercice de cette liberté et celui de droits ou de libertés par des titulaires distincts. En effet, l'exercice en société des droits et des libertés par des titulaires tout aussi libres et égaux en droit implique nécessairement leur relativité : « il est faux de voir dans le droit individuel une prérogative qui ne serait limitée que par le phénomène, en quelque sorte mécanique, de la rencontre d'autres droits individuels. Ce n'est pas d'un frottement que procède la relativité des droits, c'est de leur nature et de leur fin. La liberté est ordonnée à l'ordre social, ce qui signifie qu'elle existe pour s'exercer dans un ensemble. Par elle, l'individu ne se retranche pas du groupe, il y vit, il participe à l'accomplissement des fins sociales »<sup>279</sup>.

Cela explique la nécessité de l'existence d'ordres publics spéciaux dans le cadre d'une organisation sociale moins simple que ne l'était la France au début du XIX<sup>ème</sup> siècle. En effet, comme le constate le professeur Georges Burdeau, « le régime répressif, seul conciliable avec la protection réelle des libertés, ne peut suffire dans une société complexe, à harmoniser la liberté

278 BURDEAU Georges, *Les libertés publiques*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1972, p. 35.

279 BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 30.

des activités professionnelles avec les exigences de l'ordre social »<sup>280</sup>. Cela explique la soumission de « certaines professions à une réglementation préalable (professions présentant des dangers pour la main-d'œuvre employée, établissement dangereux, insalubres ou incommodes, débits de boisson, professions exigeant des garanties professionnelles) »<sup>281</sup>. Afin de maximiser l'effet utile de l'exercice libre d'une activité déterminée, le législateur l'a soustrait au libre jeu de l'autonomie de la volonté tempéré par la protection de l'ordre public général, pour en fixer le régime dans le cadre d'une police administrative spéciale. Dans ce cas, l'ordre public spécial est constitué de l'équilibre entre les bénéfices escomptés du plus large exercice de cette liberté avec des intérêts tiers fixés par le législateur. Une police administrative spéciale constitue donc le procédé disciplinaire de la norme statutaire énonçant une liberté publique.

C'est la raison pour laquelle, contrairement à une idée reçue assez fréquente qui implique une alternative entre les deux termes<sup>282</sup>, « la liberté et la réglementation, loin de se dresser dans une opposition fatale, sont, par leur essence même, solidaires »<sup>283</sup>. Le lien particulier unissant la notion de police administrative spéciale aux libertés publiques réside dans la dévolution théorique d'abord, constitutionnelle ensuite, de l'essentiel de la matière des libertés au législateur dans l'ordre juridique français. Cette dévolution théorique réside dans la prise en considération de la loi et donc du législateur comme expression de la volonté générale. Seul organe compétent en la matière, le Parlement et non le pouvoir exécutif est alors autorisé à apporter des restrictions à ces libertés. Du reste, cette idée est exprimée aussi bien dans les articles 4 et 5 de la DDHC qui n'autorisent que la loi à apporter des restrictions aux libertés<sup>284</sup>. Cette dévolution traditionnelle a fait l'objet d'une constitutionnalisation par l'inscription au sein de l'article 34 de la Constitution de 1958 d'une réserve de compétence au profit du législateur pour les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Il résulte de ce partage théorique puis constitutionnel des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire en matière de libertés publiques que la définition des modalités d'exercice de ces dernières entre dans le cadre de cette compétence exclusive.

Il s'ensuit que « les lois consacrant les libertés publiques sont en réalité policières dans la majeure partie de leurs dispositions ; elles le sont dans toutes celles qui imposent des obligations envers l'institution au lieu de se borner à décrire le contenu de la liberté »<sup>285</sup>. Ainsi, liberté et police, loin d'être antinomiques, apparaissent dans le cadre d'un régime libéral comme deux aspects complémentaires et nécessaires d'une même réalité<sup>286</sup>. Le professeur Marcel Waline exprime ce lien indissociable entre liberté et police administrative, en considérant que cette dernière se définit comme « la limitation, par une autorité publique et dans l'intérêt public, d'une activité des citoyens, cette activité n'en demeurant pas moins une activité privée ; elle est seulement réglementée. Elle n'en demeure pas moins libre dans toute la mesure où elle n'est pas

280 BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 425.

281 BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 425.

282 COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2008, p. 454 : « liberté ou réglementation ».

283 BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 31.

284 Voir à ce sujet CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, p. 508: « Dans l'État légal, ce n'est pas à l'autorité administrative qu'il appartient de déterminer par voie de mesure de police l'étendue et les limites des libertés individuelles, mais tout au contraire le système de l'État légal signifie que cette étendue et ces limites ne peuvent être tracées que par une loi ».

285 PICARD Étienne, *op. cit.*, pp. 510-511.

286 DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1923, rééd., Panthéon-Assas, 2007, pp. 223-227.

restreinte expressément par les prescriptions de police »<sup>287</sup>.

En effet, le but de toute police administrative n'est pas la seule protection de l'ordre public, mais sa préservation dans le cadre d'une société libérale. Cela signifie que la dialectique entre l'ordre public et la liberté ne conduit pas à opposer ces deux termes mais à les articuler: la police administrative a généralement pour but la préservation de la liberté au sens large en encadrant en amont les atteintes à un ordre public défini et à la jouissance par autrui de ses droits. Il en résulte que le mécanisme même de la police administrative générale a pour but de rendre viable l'exercice de la liberté au sens large par tout un chacun, telle que cette liberté s'exprime de manière concomitante par une pluralité de titulaires égaux en droit. Pour le formuler autrement, l'idée d'œuvre à réaliser par l'institution primaire libérale consiste essentiellement à garantir l'exercice de la liberté, et ce en permettant que les libertés puissent être effectivement exercées en dépit des pouvoirs de fait et de l'exercice simultané de plusieurs libertés potentiellement antagonistes<sup>288</sup>.

Il est donc cohérent que les lois consacrant des libertés nouvelles, ou *a minima* des libertés classiques qui s'exercent dans des formes nouvelles, instituent dans le même temps des régimes de police administrative spéciale permettant de concilier préventivement l'exercice de cette liberté nouvelle avec d'une part l'ordre public et, d'autre part, la jouissance par les autres titulaires de leurs autres droits et libertés fondamentaux ou de leurs droits similaires. Il résulte donc de ce qui précède qu'une loi aménageant l'exercice d'une liberté publique s'exerçant dans une forme spécifique peut alors être considérée comme une « loi de police »<sup>289</sup> et l'aménagement de la liberté qu'elle organise comme un « régime de police »<sup>290</sup>. Ainsi, lorsqu'il y a police administrative spéciale, se trouve en creux une liberté spécifique: la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, comme la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur la liberté d'association et la loi du 9 décembre 1905 sur la liberté de culte sont ainsi indissociables de leurs polices respectives<sup>291</sup>. Le professeur Étienne Picard donne ainsi l'exemple de la loi du 29 juillet 1889 sur la liberté de la presse, qui « apparaît statutaire dans les dispositions qui décrivent le contenu de cette liberté : liberté de la publication, liberté de l'imprimerie, liberté de l'affichage, ... ; mais elle est disciplinaire dans celles qui édictent un certain nombre d'obligations : obligation de dépôt légal, obligation d'une déclaration sur papier timbré faite au Parquet du lieu de publication, indiquant le titre du journal, le nom et le domicile du directeur ; obligation d'imprimer le nom du directeur sur les exemplaires du journal ; interdiction des affiches tricolores »<sup>292</sup>.

287 WALINE Marcel, *Droit administratif*, 9<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1963, p. 637.

288 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 490 et s.

289 GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 18<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2005, p. 305: « La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus. La limitation des libertés individuelles ne résulte d'ailleurs pas seulement de l'exercice de la police administrative générale. Il existe en effet, d'abord pour les diverses libertés des régimes généraux organisés par des lois: ainsi, il existe un régime législatif de la liberté individuelle, de la liberté du culte, de la presse, etc. Ces régimes généraux législatifs forment le statut des libertés publiques ; les lois qui les organisent se rattachent aussi à la notion de police ; ce sont des *lois de police* ».

290 Pour une utilisation de l'expression, quoique réduite à la seule procédure de l'autorisation alors qu'elle comprend également le procédé de la déclaration et celui de l'interdiction, voir TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 13: « Le régime préventif, dit aussi parfois « régime de police », subordonne l'exercice de certaines libertés publiques à une autorisation préalable de l'administration ».

291 TCHEN Vincent, *Police administrative - Théorie générale*, Jurisclasseur administratif, fascicule 200, 1.

292 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 511, note 10.

De la difficulté à retracer ce lien entre police administrative spéciale et liberté publique peut découler, au contentieux, certaines difficultés dans l'identification de l'objet appréhendé. Tel est le cas dans l'arrêt *CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*<sup>293</sup>. Le régime de la police administrative spéciale du cinéma était alors lacunaire<sup>294</sup>. Devant le juge administratif devait-on alors déduire de ce vide juridique la possibilité pour le ministre compétent de refuser un visa pour n'importe quel motif ? Non pour le Conseil d'État, qui considère « qu'aux termes de l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique, « la représentation et l'exportation des films cinématographiques sont subordonnées à l'obtention de visas délivrés par le Ministre chargé de l'information » ; qu'à défaut de toute disposition législative définissant les conditions de fait auxquelles est soumise la légalité des décisions accordant ou refusant les visas d'exploitation et d'exportation, les seules restrictions apportées au pouvoir du Ministre sont celles qui résultent de la nécessité de concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques, et notamment à la liberté d'expression ». Ce faisant, la haute juridiction consacre, en usant du paravent de la liberté d'expression, la liberté de l'activité cinématographique, en la déduisant de l'existence d'un régime de police administrative spéciale.

Une telle solution a pu être présentée en doctrine comme n'allant pas de soi. Tel est le cas du professeur Marcel Waline qui, s'interrogeant dans une note sous l'arrêt du CE *Société Les Films Marceau* du 14 octobre 1960, prend une position très ferme contre la solution que rendra quinze ans plus tard le Conseil d'État dans son arrêt *Société Rome-Paris Films*. Dans un développement qui mérite d'être cité *in extenso*, il s'interroge ainsi : « Mais y-a-t-il une liberté publique des spectacles en général, ou du cinéma en particulier ? Il n'y a de libertés publiques, en droit positif, que celles dont l'exercice est garanti et organisé par la Constitution, ou au moins par la loi (...). Où et quand la loi a-t-elle proclamé et organisé la liberté du cinéma ? Les spectacles cinématographiques ont été, dès l'origine, classés par une jurisprudence constante, rappelée ci-dessus, parmi les spectacles soumis à un régime d'autorisation de police. Que peut-on invoquer pour prétendre qu'ils sont aujourd'hui l'exercice d'une liberté publique ? Uniquement les textes qui disent « le visa ministériel vaut autorisation de représenter le film sur tout le territoire français ». Mais qui ne voit que, précisément, la nécessité d'obtenir ce visa ministériel préalablement à toute projection du film devant le public constitue très exactement le contraire d'un régime de liberté ? Dira-t-on que, moyennant ce visa, la projection du film devient l'exercice d'une liberté publique ? »<sup>295</sup>. Dans la

293 A l'origine de cette décision se trouve une décision du ministre chargé de l'Information de refus de visa à l'égard de la société requérante. Une précision préalable à l'égard du régime de cette police administrative spéciale du cinéma est nécessaire. La loi de finances du 31 décembre 1921, dans son article 49, et un décret du 7 mai 1936 avaient institué un régime de police spéciale du cinéma en subordonnant sur l'ensemble du territoire de la République les représentations cinématographiques à l'obtention d'un visa ministériel. L'article 1<sup>er</sup> d'une ordonnance du 3 juillet 1945 a supprimé toute indication relative aux motifs de refus de visa, alors que le texte de 1936 le fondait sur « l'ensemble des intérêts nationaux en jeu, et spécialement l'intérêt de la défense des bonnes mœurs et du respect des traditions nationale ». Cette disposition a fait l'objet, par un décret de codification du 27 janvier 1956, de l'article 19 du Code de l'Industrie cinématographique de l'époque, dorénavant, *C. cinéma*, art. L. 211-1.

294 MOURGEON Jacques, « Autour d'un récent arrêt du Conseil d'État : vers une liberté publique de l'expression cinématographique ? », *Gaz. Pal.*, 1975, doctrine, p. 350 : « En ne s'étant jamais sérieusement soucié d'abroger l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique (...), le législateur de la V<sup>ème</sup> République a maintenu une situation juridique (...) certainement inconstitutionnelle : (...) certainement car l'art. 19 équivaut à une négation de la liberté d'expression dans sa forme cinématographique, alors que la Constitution proclame le principe de liberté d'expression ». Cette négation « tient à ce que le pouvoir ministériel d'autoriser ou d'interdire est *légalement* discrétionnaire. (...). (...) la loi ne précise aucun motif, même vague ou extensif, pouvant justifier l'interdiction. C'est dire que, somme toute, le bon plaisir du ministre tient lieu de règle » (*ibid.*).

295 WALINE Marcel, « Les pouvoirs des maires d'interdire la projection des films », note sous CE, 14 octobre 1960,

suite de son argumentation, l'auteur dénie la qualité de libertés publiques à celles faisant l'objet d'une procédure d'autorisation préalable. Il en conclut que « notre droit positif ne consacre nullement une liberté du cinéma »<sup>296</sup>.

La solution apportée par le professeur Waline sur cette question a d'ailleurs fait l'objet d'une attention vigilante de la part du commissaire de gouvernement Rougevin-Baville qui, dans ses conclusions conformes, considérait à propos de sa position sous l'arrêt *Société Les Films Marceau* que « Nous ne sommes pas convaincus, pour notre part, de la justesse de cette affirmation, ni même de la valeur de l'opposition entre régime de police et régime de liberté. Pour nous, les pouvoirs de police ne se conçoivent que par référence à la notion de liberté, puisque la police administrative s'analyse comme la réglementation des activités individuelles ou spontanées ; il n'y a pas une cloison étanche entre un domaine de la police et un domaine des libertés, mais des libertés publiques plus ou moins limitées par un cadre législatif ou réglementaire »<sup>297</sup>. Il résulte donc de tout ce qui précède que l'objet de la police demeure, en droit, la liberté ; plus précisément, que l'objet de la notion de police administrative spéciale est l'aménagement des libertés publiques.

Les notions de droit des données personnelles et de police administrative spéciale ayant été explicitées, quel est alors l'intérêt d'utiliser la seconde pour saisir le premier ? L'utilité du concept de police administrative spéciale dans cette entreprise est de redonner au droit des données personnelles une unité brisée par ce que le professeur Olivier Beaud décrit comme « « l'oubli de l'État » dans la doctrine administrativiste contemporaine »<sup>298</sup>. Il évoque notamment à ce titre un « phénomène de déréalisation du droit administratif »<sup>299</sup>, dont l'enseignement lui semble de plus en plus réduit à l'étude des actes administratifs plutôt qu'à l'activité juridique de l'administration. Il y aurait ainsi une tendance lourde à ce que l'enseignement du droit administratif et sa présentation dans les manuels tende à ignorer de plus en plus aussi bien la notion d'État que ses implications concrètes, aboutissant de manière générale à ce que soit délaissé l'étude de cet État administratif qui interagit de manière quotidienne avec les citoyens.

En droit des données personnelles, un tel « oubli de l'État » se paye au prix d'une imprécision du droit positif et de la doctrine dans l'articulation des enjeux de cette branche du droit. En effet, dans un cas comme dans l'autre, lorsque la dualité d'enjeux est perçue, ce qui n'est pas systématiquement le cas, elle n'est pas articulée logiquement. Dès lors, l'unité du droit des données personnelles ne peut alors être perçue. La notion de police administrative spéciale permet de conférer une unité au droit des données personnelles parce qu'elle permet d'articuler un objet, la liberté de traitement des données personnelles, avec un fondement, l'ordre public spécial de protection des données personnelles. Il permet alors de concevoir non seulement une articulation mais également la hiérarchisation qui prévaut entre les enjeux du droit des données personnelles. Dans ce cadre unitaire, la liberté de traitement des données personnelles constitue le principe (Première partie) et la protection de ces données, l'exception (Deuxième partie).

*Société les Films Marceau* ; CE 23 décembre 1960 *Union générale cinématographique*, RDP, 1961, p. 147.

296 WALINE Marcel, *op. cit.*, p. 148.

297 ROUGEVIN-BAVILLE Michel, conclusions sous *CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*, RDP, 1975, p. 293.

298 BEAUD Olivier, « L'État », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, 2011, p. 210 et ss.

299 BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 212.



## Première partie

### LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES, OBJET D'UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE

Au préalable de la plupart des études relatives au droit des données personnelles, un constat se trouve mis en avant: celui de la généralisation massive de l'ordinateur et de ses usages<sup>300</sup>. Ce constat est toujours posé de manière factuelle: l'ordinateur est envisagé comme un phénomène donné et *a priori* extérieur au droit. Or, le cantonnement dans cette approche factuelle dissuade d'envisager une approche proprement juridique des intérêts à la base de l'omniprésence contemporaine de procédés informatiques dans chaque aspect ou presque de notre quotidien. Cela empêche ainsi de concevoir qu'il existe une liberté de l'emploi de procédés informatiques impliquée par des intérêts légitimes préexistants.

Or, une telle approche juridique est nécessaire pour comprendre la structuration du droit des données personnelles par les instruments français et européens. En effet, leur analyse révèle l'existence en leur sein d'un principe de liberté de traitement des données personnelles. Ce principe constitue, à la fois quantitativement et substantiellement, l'objet essentiel des instruments relatifs aux données personnelles, bien loin devant la fonction de protection de ces mêmes données. Cette liberté mise en évidence est, à l'instar de la liberté contractuelle, une liberté de moyens et non de fins. Son contenu est aussi trivial qu'anodin: la liberté pour toute personne physique ou morale de mettre en œuvre un traitement automatisé de données personnelles présente *a priori* autant d'ampleur, si ce n'est d'enjeu, que la liberté de choisir d'utiliser des trombones plutôt que des agrafes pour effectuer un travail de bureau.

C'est précisément ce caractère trivial et anodin qui rend si difficile la mise à jour de cette liberté de traiter des données personnelles. En effet, cette dernière est impliquée par des libertés

300 Voir par exemple PERRAY Romain, « Informatique – Traitements de données à caractère personnel », *Jurisqueur administratif*, fascicule 274, §1 relatif aux enjeux : « La compréhension des principes de la réglementation sur la protection des données à caractère personnel part d'un constat : celui de la généralisation de l'outil informatique dans le quotidien. Car les informations et les données qui nous concernent font l'objet chaque jour de multiples opérations de collecte, de transfert et, plus généralement de traitement, que ce soit au travail, chez le médecin, lors d'achats de biens et de services, d'octroi de prêts bancaires, au cours d'un simple appel téléphonique ou de l'envoi d'un SMS et, encore plus, sur Internet (...). Presque toutes ces opérations sont désormais informatisées. Elles ne font plus que rarement l'objet de traitements manuscrits ou manuels, ceux-ci étant devenus à la fois trop longs, trop coûteux et trop difficiles à mettre en œuvre eu égard à la masse d'informations traitées ».

exprimant deux intérêts supérieurs préexistants : d'une part, la liberté pour toute institution de s'administrer, c'est à dire d'utiliser les moyens les plus adéquats à la réalisation de son idée d'œuvre ; d'autre part, la libre circulation de l'information. Or, ces intérêts, s'ils sont présents en droit positif, n'ont à ce jour et à notre connaissance pas fait l'objet d'explicitation ni de systématisation. Il est donc *a priori* peu aisé de concevoir l'existence de ces intérêts prééminents et préexistants à l'informatique<sup>301</sup>. Par ricochet, cela explique la difficulté de concevoir l'idée même d'une liberté de traiter des données personnelles (Titre 1).

Et pourtant, cette liberté est bel et bien consacrée en droit positif par les instruments relatifs aux données personnelles, même si elle demeure pour l'essentiel implicite. Ces instruments révèlent en effet un régime d'aménagement de cette liberté. Ce régime est organisé de manière classique comme une police administrative spéciale chargée de borner et, par là même, de rendre effective, cette liberté publique qu'est la liberté de traiter des données personnelles (Titre 2).

301 Cette absence de conceptualisation de l'objet du droit des données personnelles a ainsi pu pousser certains auteurs à commettre des contresens, alors même qu'ils avaient distingué l'existence de deux fonctions au sein de ce droit. Voir à cet égard GASSIN Raymond, « Informatiques et libertés », *in* Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, à jour au 1er janvier 1987, tome V, n°6, p. 3 : « L'article 1er de la loi du 6 janvier 1978 qui définit les « fins » de l'informatique permet de vérifier la pertinence de ce jugement. Cet article assigne en effet à l'informatique « démocratique » deux séries de fonctions, les unes positives, les autres négatives en quelque sorte. Positives: être au service de chaque citoyen et se développer dans le cadre de la coopération internationale. Négatives: « Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques » (...). Mais, les fonctions positives constituent une simple déclaration de principe sans aucune concrétisation et ne retiennent donc pas davantage l'attention du législateur ; *a fortiori* ne faut-il pas s'attendre à les retrouver dans le champ du droit pénal ». Considérer que la fonction positive de cette loi n'est qu'une déclaration de principe, alors qu'elle est l'objet même de l'attention du législateur, constitue hélas un exemple parmi tant d'autres des contresens qui peuvent être commis dans l'appréhension de ce domaine, rendant de ce fait encore plus nécessaire la définition de son contenu concret.

## Titre 1

### LES FONDEMENTS DE LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES

La mise en lumière de cette liberté présente des difficultés en partie analogues avec celles qu'a connues dans l'ordre interne la liberté du cinéma<sup>302</sup>. Les deux sont des libertés d'emploi de nouveaux moyens techniques. A ce titre, ces deux libertés trouvent leur fondement dans des droits et/ou des libertés fondamentales déjà existantes. Mais la liberté du cinéma se trouve à cet égard bien mieux lotie que la liberté de traitement des données personnelles car ses fondements sont clairement identifiés. Ainsi, intuitivement, la liberté du cinéma apparaît comme fondée sur la liberté d'expression d'une part, la liberté du commerce et de l'industrie d'autre part, et ce même si le Conseil d'État n'a retenu que la première dans son arrêt précité *CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*<sup>303</sup>. En comparaison, il est moins évident de mettre intuitivement à jour les fondements de la liberté de traitement des données personnelles. Il est alors nécessaire de suivre une démarche généalogique, en partant de la définition de l'objet même de cette liberté : l'activité informatique.

En effet, dans une première approche, la liberté de traiter des données personnelles apparaît

302 Voir *supra*, à propos de l'arrêt *CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films* précité.

303 Et ce malgré les conclusions en ce sens de son commissaire du gouvernement. Voir ROUGEVIN-BAVILLE Michel, conclusions sous *CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*, *RDP*, 1975, pp. 293-294 : « l'activité cinématographique se trouve au carrefour de deux libertés publiques : la liberté d'expression et celle du commerce. Pour nous en tenir à la première, aujourd'hui où l'accent est mis avec juste raison sur le rôle primordial de l'audiovisuel dans la culture, où l'on constate le déclin de la « Galaxie Gutenberg » au profit de l'univers des écrans grands et petits, du disque et de la bande magnétique, il est impossible de refuser à cet authentique mode d'expression le bénéfice de la liberté proclamée par les textes constitutionnels. « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme » écrivent les auteurs de la Déclaration des droits de 1789 ; et si la loi peut organiser cette liberté et lui assigner des limites, elle ne peut, en aucun cas, la supprimer. On ne peut donc pas dire qu'il n'y ait pas de liberté publique du cinéma : on peut seulement constater que cette liberté est soumise à un régime de police spéciale comportant un contrôle a priori de l'œuvre qu'il s'agit de diffuser ». Cette solution visant à ne retenir que la liberté d'expression comme fondement de la liberté cinématographique a d'ailleurs été déplorée en doctrine. Voir BAZEX Michel, Observations sous *CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*, *JCP*, 1976, II, 18395 : « On regrettera seulement que, dans sa décision, le Conseil d'État n'ait visé de manière explicite que la liberté d'expression, sans retenir autrement que par allusion la liberté du commerce et de l'industrie. (...). Ainsi les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie sont-elles infiniment plus plausibles que celles susceptibles d'être apportées à la liberté d'expression ».

comme indissociablement liée à la liberté d'utiliser des moyens informatiques. Elle n'en constitue qu'un élément non ou très difficilement distinguable. Or, l'utilisation de moyens informatiques ne se réduit pas à l'emploi d'un ordinateur. L'informatique se définit comme la « science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines technique, économique et social »<sup>304</sup>. Cela implique que l'informatique en tant que telle est dissociable des ordinateurs. Dans ces conditions, la liberté de recourir à des moyens informatiques ne renvoie qu'à la faculté d'opérer sans contraintes un traitement rationnel de l'information, avec ou sans ordinateur.

Mais postuler que la liberté de traiter des données personnelles constitue une liberté impliquée ne s'arrête pas là. En effet, en soi, la liberté de l'emploi de moyens informatiques ne crée pas de nouvelle faculté mais, à l'instar de la liberté d'utiliser une automobile, se contente de prolonger des droits et libertés déjà existant. Ainsi, *per se*, la liberté d'utiliser une automobile ne constitue que le prolongement naturel de la liberté d'aller et venir. Dès lors que le principe de cette liberté est consacré en droit et que le recours à l'automobile est reconnu comme licite, le second se retrouve impliqué par la première. Pour ainsi dire, la consécration de la liberté d'aller et venir implique en elle-même la licéité d'une fonction qui n'est que prolongée et démultipliée par la technique.

L'utilisation d'un procédé informatique et, par extension, d'un traitement de données personnelles, ne constitue pas une fin se justifiant ni se suffisant elle-même. Le droit des données personnelles s'en fait écho, qui impose à tout traitement de données personnelles de respecter le principe de finalité, c'est à dire d'être nécessaire et proportionné à la finalité légitime qui l'a impliqué<sup>305</sup>.

Postuler que la liberté de traiter des données personnelles constitue une liberté impliquée revient à établir la même opération que celle établie pour la technologie automobile. Cela nécessite de définir alors les intérêts, droits et libertés, préexistants à cette technologie et consacrés en droit positif, nécessitant pour leur accomplissement un traitement rationnel de l'information. Ces intérêts, droits et libertés déjà consacrés impliquent, dès lors que le recours à la technologie informatique est considéré en soi comme licite, la liberté de traitement des données personnelles.

Ainsi, la liberté de traitement des données personnelles trouve un premier fondement dans une exigence propre à toute institution, la faculté de traiter des données personnelles pour mener à

304 Arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 625.

305 Voir par exemple Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dont l'article 6 dispose que « Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : « 1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ; 2° Elles sont *collectées pour des finalités déterminées*, explicites et légitimes et *ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités*. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les *finalités initiales* de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV et à la section 1 du chapitre V ainsi qu'aux chapitres IX et X et s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées ; 3° Elles sont *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités* pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ; 4° (...); 5° Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées *pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités* pour lesquelles elles sont collectées et traitées ».

bien sa mission. L'omniprésence de cet intérêt explique que l'informatique ait pu se développer initialement dans l'ordre interne dans le cadre d'un non-choix de société (Chapitre 1). La libre-circulation de l'information constitue le deuxième fondement de cette liberté. Peu consacré en droit positif hors des conventions internationales relatives aux données personnelles, ce principe apparaît comme une synthèse des principes de libre prestation de service et de liberté d'expression. A cet égard également, dans l'ordre international, la généralisation de l'emploi de l'informatique constitue également un non-choix de société, dans la mesure où elle est directement impliquée par des intérêts préexistants reconnus comme légitimes (Chapitre 2).



## Chapitre 1 – Une exigence institutionnelle

La liberté de traiter des données personnelles, indissociable de la liberté d'employer des procédés informatiques, est d'abord impliquée par le phénomène institutionnel. En effet, la notion renvoie d'abord à une réalité mise en lumière par la science administrative, au terme de laquelle toute institution ou organisation dépend pour sa pérennité d'une certaine liberté dans le traitement de l'information pour l'accomplissement de son idée d'œuvre (Section 1).

Le principe d'une liberté informationnelle propre à toute organisation a été traduit en droit par des concepts exprimant d'une part que la fonction d'administration implique un certain degré de liberté pour son accomplissement et que, d'autre part, l'information constitue une matière première essentielle à cette fonction (Section 2).

### Section 1 – Un principe mis en lumière par la science administrative

Dans l'ordre interne, il est frappant de constater à quel point les premiers emplois civils de l'informatique ont pu être mis en œuvre dans une atmosphère de total déterminisme technologique (§1). L'explication de ce non choix de société réside dans le constat mis en lumière par la science administrative, selon lequel toute organisation dépend intimement du traitement de l'information pour l'accomplissement de sa mission. Pour ainsi dire, dans le cadre de la liberté d'administration en tant que liberté de gestion interne, le traitement de cette dernière constitue le système nerveux de toute fonction administrative (§2).

#### §1- Le constat de départ d'un « déterminisme informatique »

Avant l'adoption de la loi dite « informatique et libertés » en 1978, l'« informatisation était considérée comme une pure affaire d'intendance relevant de la compétence de techniciens »<sup>306</sup>. Pour le dire autrement, dans les années 60, la diffusion de l'informatique en France s'effectue dans le cadre d'une absence de choix de société : « A aucun moment au cours du processus législatif n'a été posée la question de l'opportunité de l'informatique. Celle-ci s'est imposée *de facto*, marquée par une simultanéité, voire une antériorité, de la demande sociale à son égard »<sup>307</sup>. Dans l'analyse qu'il en fait dans son ouvrage précurseur, le professeur André Vitalis n'ignore d'ailleurs pas cette antériorité de la demande sociale, qu'il détermine comme étant d'origine militaire, avec le calcul rapide des angles de tir, et organisationnelle<sup>308</sup>. Ce constat s'explique par la mise en avant, consciente ou inconsciente, de l'apport réel du développement de l'informatique à l'intérêt général<sup>309</sup>, et ce tant dans sa formulation politique que dans son application concrète au sein de

306 VITALIS André, « L'exercice d'un pouvoir de régulation informatique et libertés et ses difficultés », in PIATTI Marie-Christine (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, Presses universitaires de Lyon, 2001, p. 143.

307 EYNARD Jessica, *op. cit.*, pp. 2-3.

308 VITALIS André, *Informatique, pouvoir et libertés*, Economica, 1981, p. 11.

309 Le propos de cette subdivision et, plus généralement, de ce premier paragraphe, se limitera aux seuls traitements de données effectués par des personnes publiques pour une raison purement matérielle: dans les

l'administration. Cette première approche très laudative de l'informatique explique qu'il faut attendre 1970 pour voir s'exprimer en France les premières tentatives d'encadrement des abus de cette technique par le droit. L'intérêt général attaché à au libre développement de l'informatique n'a d'abord pas été explicité: son développement s'est généralisé avant même que tout débat public n'ait pu avoir lieu sur les éventuelles conséquences néfastes de cette technologie<sup>310</sup>.

Ce constat s'explique d'abord par des raisons ressortant de la sociologie des techniques. Dans l'approche qu'en a donné Jacques Ellul, la technique aurait une tendance naturelle dans notre culture à s'imposer par la pratique avant même que ses éventuels inconvénients ne soient mis en lumière<sup>311</sup>. Pour ce sociologue, la technique participe directement de cette œuvre de rationalisation sociale lancée par les Lumières<sup>312</sup>. Pour ainsi dire, la technique serait pourvue d'une dynamique propre. Elle s'imposerait alors à ses producteurs et ses utilisateurs<sup>313</sup>. Le constat d'un tel déterminisme technologique en ce qui concerne l'usage de l'informatique aujourd'hui se trouve particulièrement illustré par l'usage de l'internet: par principe, parce que cela est techniquement nécessaire, tout usage de ce « réseau des réseaux »<sup>314</sup> implique traitement de données personnelles.

Dans cette configuration, l'interrogation éthique est forcément postérieure aux usages de la technique. Jacques Ellul illustre ainsi ce déterminisme à propos de la bombe atomique: « puisque c'était possible, c'était obligatoire » et de conclure: « Tel est le maître-mot de toute évolution technique »<sup>315</sup>.

Le constat de ce déterminisme technologique se trouve confirmé par des considérations relevant de la science politique en ce que le développement de l'informatique dans les années

années 1960 et 1970, pour des raisons techniques et financières, seules les personnes publiques pouvaient se permettre l'acquisition des volumineux et coûteux premiers ordinateurs. Dans ces conditions, rares étaient les personnes privées à pouvoir se permettre une telle acquisition et, de fait, leur nombre durant ces années demeure marginal par rapport aux traitements opérés par les personnes publiques. Ce constat purement factuel justifie que, dans les débats de l'époque, la question de l'informatique privée est pour ainsi dire presque totalement absente.

310 Ce constat ne vaut pas que pour le cas français mais a également été relevé, de manière générale, par la doctrine anglophone. Voir ainsi BENNETT J. Colin, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 1992, p. 22: « It is commonly agreed, though rarely recognized, that the decision to adopt a technology often entails a complex set of entanglements and implications that are not immediately obvious to the adopter at the time. With most technologies the costs are readily apparent in the form of tangible, visible, and sometimes dramatic dangers. The advent of the computer, however, has not been accompanied by the sort of concerns that were associated with the automobile, the airplane, or nuclear power ».

311 Une telle conception, pertinente jusqu'à une certaine époque, a été récemment infléchie avec l'avènement de questionnements systématiques en matière philosophique et morale des nouvelles technologies, à l'instar de la bioéthique. Mais, au moment du développement de l'informatique, une telle conception demeure pertinente.

312 ELLUL Jacques, *La Technique ou l'enjeu du siècle*, Economica, Paris, 1990, p. 40: « Ce grand travail de rationalisation, d'unification, de clarification se poursuit partout, aussi bien dans l'établissement des règles budgétaires et l'organisation fiscale, que dans les poids et mesures ou le tracé des routes. C'est cela, l'œuvre technique. Sous cet angle, on pourrait dire que la technique est la traduction du souci des hommes de maîtriser les choses par la raison ».

313 ELLUL Jacques, *op. cit.*, p. 91: « En fait, il n'y a rigoureusement aucune différence entre la technique et son usage [...]. L'homme est placé devant un choix exclusif, utiliser la technique comme elle doit l'être selon les règles techniques, ou ne pas l'utiliser du tout; mais impossible de l'utiliser autrement que selon les règles techniques ».

314 Internet est souvent dénommé d'après cette expression car il ne constitue qu'un protocole commun de communication permettant de rendre interopérables les différents réseaux nationaux de communication dématérialisée.

315 ELLUL Jacques, *Le système technicien*, Calmann Lévy, 1977 p. 153.

1960 est particulièrement représentatif d'une tendance générale passée consistant à escamoter les choix de société relatifs au développement et à la généralisation des technologies ayant un impact structurant sur la société<sup>316</sup>. Ainsi, le développement précoce de l'informatique en France résulte d'un choix imposé par défaut sans que le peuple ou ses représentants n'aient pu à un quelconque moment exprimer de manière utile leur point de vue<sup>317</sup>. Du reste, ce genre de situation n'est pas propre aux choix d'une société informatique et s'étend à d'autres technologies comme le nucléaire<sup>318</sup>. Ce choix politique ne pouvait être contrebalancé par l'émergence publique d'une autre option dans la mesure où les institutions et structures qui auraient pu permettre l'émergence d'un débat public n'existaient pas encore, et où celles qui ont pu émerger par la suite n'ont pas révélé une efficacité certaine<sup>319</sup>.

La loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés » n'a ainsi pas consisté en l'approbation par le Parlement de la question du principe du développement de la technologie informatique. La question de l'opportunité même du libre développement de cette technologie n'est jamais évoquée. Cette loi ne porte que sur les modalités d'exercice de la liberté de l'informatique, et non sur l'opportunité même de la diffusion dans la société d'une telle technologie. Une telle mise devant le fait accompli de la représentation nationale n'est pas propre à la généralisation de la technologie informatique et trouve des éléments d'explications dans la carence institutionnelle et juridiques des organismes ou entités qui auraient pu élaborer un choix de société alternatif ou, à tout le moins, différent. Ainsi, à l'époque, la Constitution de la V<sup>ème</sup> République ne comportait pas la possibilité d'organiser un référendum national au delà du domaine strict de « l'organisation des pouvoirs publics ». Dans le même ordre d'idée, la carence de la représentation nationale en termes d'information sur les évolutions technologiques constitue un autre élément expliquant certains non-choix de société sur des questions technologiques majeures. Cette carence réside dans le fait qu'il a fallu attendre 1983 pour que le Parlement dispose, avec l'office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, d'un organe d'information et de débats spécifique aux évolutions technologiques<sup>320</sup>.

Dans le contexte institutionnel français et, pour autant qu'il ait été même possible de débattre de l'opportunité de la diffusion de l'usage civil de l'informatique, les conditions même d'un tel

316 Voir par exemple POLLAK Michael, « La régulation technologique: le difficile mariage entre le droit et la technologie », *RFSP*, Volume 32, n° 2, avril 1982, pp. 165-184 et TÜRK Alex, *Le droit public français face au progrès technologique*, 2 volumes, thèse, Lille II, 1984.

317 Et ce alors même que la rationalité d'un tel choix pourrait elle-même être contestée: voir FABERON Jean-Yves, « Choix scientifiques et décision parlementaire », *AJDA*, 1983, p. 514: « Le responsable politique devant le savant, le scientifique, est tenté d'adopter une attitude analogue à celle qu'avait son prédécesseur plus ou moins lointain devant le chef religieux, considérant sacrilège de ne pas le consulter, et vain de s'opposer à lui. Cette attitude est fondée aujourd'hui sur un postulat d'autorité de la rationalité, mais en revient pourtant à une obéissance irrationnelle à ceux qui savent » ; OBERDORFF Henri, « Quelle intervention du droit? », in CERCRID, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet-Saint Étienne, 1989, p. 13: « Chaque grand choix technologique contient aussi un choix de société. Il devrait donc s'opérer au travers d'un choix démocratique et pas seulement être la simple acceptation du fait accompli scientifique ou technique ».

318 COLSON Jean-Philippe, « Aspects juridiques de la politique nucléaire de la V<sup>ème</sup> République », *AJDA*, 1977, p. 292: « La France s'est donc orientée vers un avenir nucléaire dont les options essentielles, les délais de réalisation, et le type de société qu'il postule n'ont pu être ni appréciés, ni discutés ni, a fortiori, remis en cause par les Français ou par leurs représentants ».

319 MIAILLE Michel, « Le contrôle démocratique des innovations technologiques », in CERCRID, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet -Saint Étienne, 1989, pp. 23-37.

320 Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifique et technologiques, JO du 9 juillet 1983, p. 2125. Pour une approche critique, voir CRUCIS Henry-Michel, « Le Parlement face aux sciences et technologies », *AJDA*, 1991, pp. 448-455.

choix de société ne se trouvaient ainsi pas réunies.

Ce non-choix de société a été pour ainsi dire entériné dès lors que l'informatique a été clairement identifiée par les pouvoirs publics comme participant explicitement de l'intérêt général. Le développement de l'informatique a d'abord été considéré comme participant de la souveraineté nationale sur un plan militaire et économique, puis comme élément diffus du progrès économique et social. Hormis la prolongation des tâches administratives de gestion de l'information<sup>321</sup>, la première forme d'intégration de l'informatique à l'intérêt général est réalisée en tant qu'élément de soutien de la souveraineté étatique. Étant donné, d'une part, le potentiel perçu par certaines autorités publiques de cette technologie et, d'autre part, le quasi monopole de firmes américaines sur ce marché dès les années 1960, la promotion nationale du développement de l'informatique et de ses usages a pu faire partie de stratégies politiques volontaristes à visée souverainiste. De telles politiques ont été inspirées par le contexte nettement asymétrique de développement de l'informatique<sup>322</sup> et se trouvent illustrées sur le plan national par une politique volontariste de développement de l'informatique, passant par la mise en place du plan Calcul<sup>323</sup> et la création d'institutions spécifiquement attachées au développement de l'informatique comme l'Institut de Recherche d'Informatique et d'Automatique<sup>324</sup>. Historiquement, la France n'a d'ailleurs pas été la seule à adopter cette conduite à l'égard de l'informatique en tant qu'élément de soutien de la souveraineté nationale: la Brésil l'a également adoptée<sup>325</sup>, de même que – sans que l'on puisse parler de souveraineté étatique – les Communautés européennes<sup>326</sup>.

321 voir *infra*, §2.

322 Ce contexte asymétrique se résume plus concrètement à une domination écrasante des compagnies américaines d'informatique sur le marché mondial, et ce dès la fin de la seconde guerre mondiale. LAVILLE Jean-Louis, « Politique de l'informatique et intérêt général », in CURAPP, « Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général », Volume 1, 1978, p. 209: « L'industrie française de l'informatique n'est pas un ensemble autonome fonctionnant dans le seul périmètre national, mais s'insère profondément dans les structures économiques et commerciales internationales. La domination que fait peser International Business Machines (I.B.M.) sur le marché informatique et sur les entreprises françaises plus particulièrement (Compagnie des Machines Bull, Compagnie internationale pour l'informatique C.I.I. puis C.I.I.-Honeywell-Bull) est écrasante. L'impériale I.B.M. Impose sa loi, à savoir ses tarifs, ses innovations et ses matériels aux autres constructeurs comme aux utilisateurs ».

323 MOUNIER-KUHN Pierre-Éric, *L'Informatique en France, de la seconde guerre mondiale au Plan Calcul. L'émergence d'une science*, Paris, PUPS, 2010.

324 Établissement public de caractère scientifique et technique ayant notamment pour mission de développer la recherche en matière d'informatique, l'IRIA, devenue l'INRIA en 1979, a été créé par la loi n° 67-7 du 3 janvier 1967 portant création d'organismes de recherche, *JORF* 5 janvier 1967, p. 131.

325 JOHNSON Jean, « Brazilian Informatics Policy: What Price Sovereignty », *Fletcher Forum*, Vol. 9, Issue 2 (Summer 1985), pp. 431-446.

326 Résolution du Conseil du 15 juillet 1974 concernant une politique communautaire de l'informatique, *JOCE* du 20 juillet 1974, n° C. 86/1, p. 1: « La Commission des Communautés Européennes, conscient de l'importance que revêt l'informatique pour tous les aspects de la société moderne et, par là, pour la Communauté et sa position économique et technologique dans le monde; conscient que la structure de l'industrie informatique dans le monde est déséquilibrée et que les applications de l'informatique dans la Communauté ne sont pas encore satisfaisantes;(…),1. entend donner une orientation communautaire aux politiques d'encouragement et de promotion de l'informatique et se félicite de l'intention de la Commission de présenter dès 1974, après les consultations appropriées, des propositions prioritaires concernant:

a) un nombre restreint de projets communs d'intérêt européen dans le domaine des applications de l'informatique;

b) une collaboration en matière de normes et d'applications ainsi qu'en matière de politique des achats publics;

c) la promotion de projets de développement industriel dans des domaines d'intérêt commun ayant un caractère de coopération internationale ».

Il est ainsi possible de prendre comme point de départ de l'analyse le constat selon lequel l'informatique en tant que technique a connu en France une première diffusion de ses usages exempte de tout débat significatif devant la représentation nationale. Ce constat trouve une explication dans ce que le recours à l'informatique n'était alors conçu, de manière implicite, qu'en tant que prolongement direct d'intérêts légitimes préexistants.

## §2 - Un déterminisme impliqué par le phénomène institutionnel

La réforme de l'État par l'introduction de moyens informatiques a fait l'objet d'analyses approfondies de la part d'auteurs intervenant dans le champ de la science administrative. Elles révèlent que l'informatique apparaît comme un moyen de rationalisation de son action (A).

Cette première analyse, limitée aux phénomènes de réforme de l'État, doit être systématisée. En effet, une méprise sur le sens à donner au terme d'informatique a considérablement restreint sa portée. Une fois cet obstacle dépassé, il apparaît que la liberté de recourir à des procédés informatiques est devenue nécessaire à la pérennité de toute institution (B).

### *A/ L'informatique comme moyen de la réforme de l'État*

Dans le domaine de la science administrative, l'informatique a d'abord été perçue comme un outil de modernisation de l'administration et, au delà, de « rationalisation du mode de gouvernement des hommes et des groupes sociaux »<sup>327</sup>. Son procédé a donc été propagé avant que ne soient imaginées ses éventuelles conséquences sociales<sup>328</sup>, dans la directe continuité des fonctions et usages administratifs. Ce développement de l'informatique comme élément de réforme de l'État a bénéficié, en tant que tel, d'un « discours promotionnel » de cette technique<sup>329</sup>.

Analysant ce discours, le professeur André Vitalis en révèle une structure ternaire orientée de manière générale vers la promotion de cette technique. Ainsi, d'une part, l'informatique est présentée dans un premier temps comme un phénomène naturel, c'est à dire qu'elle s'impose comme un phénomène évident et omniprésent, dont la raison d'être n'est pas exposée<sup>330</sup>.

327 JAMOUS Haroun et GREMION Pierre, *L'ordinateur au pouvoir. Essai sur les projets de rationalisation du gouvernement et des hommes*, Seuil, 1978, p. 12.

328 Dans la perspective globale des conséquences de l'informatisation de l'administration, la question des libertés est bien perçue par les premières études de fond en langue française, mais les aspects de l'informatique en tant que facteur de rationalisation et de modernisation de l'administration prédominent largement: voir BRAIBANT Guy, « L'informatique dans l'administration », *RISA*, 1968, pp. 341-346; FRANCOIS Aimé, « L'informatique et l'Administration: trois thèmes de réflexion », *RISA*, 1970, pp. 56-66; BRAIBANT Guy, « Perspectives et problèmes du développement de l'informatique dans l'administration publique au cours de la prochaine décennie », *RISA*, 1971, pp. 201-211; HOLLEAUX André, « Les nouveaux aspects de l'information de l'Administration », *RISA*, 1972, pp. 393-408; FRANCOIS Aimé, « L'informatique dans l'administration: un problème d'intégration », *RISA*, 1972, pp. 409-418. En comparaison, dans la doctrine de l'époque, des articles plus spécifiques à la question des atteintes aux libertés du fait de l'informatisation de la société sont comparativement moins nombreux: BRAIBANT Guy, « La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique », *RIDC*, 1971, n°4, pp. 793-817 ; GALLOUEDEC-GENUYS Françoise, « Informatique et secret dans l'administration », *RISA*, 1972, pp. 141-148.

329 VITALIS André, *op. cit.*, p. 9.

330 VITALIS André, *op. cit.*, p. 10.

Parallèlement, l'informatique est présentée comme un phénomène merveilleux en ce sens que, dans tous les ouvrages relatifs à l'informatique au tournant des années 1960, « c'est moins la connaissance de l'informatique qui est présentée, que son spectacle »<sup>331</sup>. En témoignent notamment les trois types de puissance évocatrice contenus dans les acronymes désignant les premiers programmes ou projets informatiques français, malicieusement recensés par cet auteur en trois catégories : puissance poétique avec ENEIDE (ensemble normalisé sur les entreprises industrielles pour les décisions de l'État), SIRENE (système informatique pour le répertoire des entreprises et établissements) ou CAPRI (Calcul de programme d'investissement) ; puissance philosophique ou mathématique avec PLATON (prototype lannionais d'autocommuneur temporel à organisation numérique) et CANTOR (conception et analyse du traitement par ordinateur) ; puissance dangereuse enfin, avec LSD (langage simplifié du dépouillement d'enquêtes) et le célèbre SAFARI (système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus)<sup>332</sup>. Enfin, l'informatique est présentée comme un « phénomène révolutionnaire » dépassant son simple potentiel technique et économique : l'informatique n'est ainsi « pas une seconde révolution industrielle comparable à celle du moteur, c'est une révolution totale » des mœurs et usages humains de la technique<sup>333</sup>. Cette vision globalement dithyrambique de l'informatique jusqu'au début des années 1970 amènera, par un mouvement de balancier, la diffusion d'une pensée plus critique à l'égard de l'informatique, mettant notamment l'accent sur ses éventuelles externalités négatives<sup>334</sup>.

Pour les auteurs intervenant en science administrative, l'introduction de l'informatique ne constitue qu'une étape dans la rationalisation du traitement de l'information, au sein de la fonction administrative. Ce constat ressort ainsi des développements relatifs à l'informatique au sein des ouvrages généraux de science administrative<sup>335</sup>. L'informatique est ainsi apparue dans un premier temps comme un outil permettant de rationaliser la gestion administrative d'un nombre

331 VITALIS André, *op. cit.*, p. 15.

332 VITALIS André, *op. cit.*, pp. 20-21.

333 VITALIS André, *op. cit.*, p. 22.

334 En droit interne, cette appréhension s'est faite de manière déséquilibrée en ce que chacun des enjeux de l'informatique a été effectivement perçu à sa juste mesure, mais avec un décalage dans le temps conduisant à leur sur-représentation successive. Schématiquement, on passe ainsi d'une sur-représentation positive de l'informatique durant les années 1960, conduisant corrélativement à escamoter la problématique des libertés, à une sur-représentation de cette deuxième thématique durant les années 1970. Voir DE LAUBADERE André, Chronique générale de législation, *AJDA*, mars 1978, p. 146 : « Le développement de l'informatique a provoqué, en ce qui concerne son utilisation administrative, deux réactions successives. D'abord, naturellement, celle de l'engouement : comment réaliser l'utilisation maximale, dans la vie administrative, de cette découverte de la science et de la technologie modernes? (...) Cette aspiration compréhensible à un emploi aussi étendu que possible de l'informatique n'a cependant pas tardé à s'accompagner d'une préoccupation : comment se prémunir contre les dangers que l'informatique risque de faire courir à la protection de la vie privée et aux libertés publiques? ».

335 CHEVALLIER Jacques et Lochak Danièle, *Science administrative, Tome II – L'administration comme organisation et système d'action*, LGDJ, 1978, p. 570 : « La transformation des techniques de décision et les progrès de la rationalisation dans ce domaine sont étroitement liés au développement de l'informatique. Dans l'administration, en particulier, l'introduction des ordinateurs entraîne une série de conséquences d'importance inégale, mais dont on ne saurait en aucun cas sous-estimer l'impact ». L'auteur en développe deux : « L'ordinateur permet d'abord l'automatisation de la gestion courante », soit les tâches routinières et répétitives comme celle afférentes à la paie des personnels : « Mais l'ordinateur joue aussi un rôle essentiel dans le processus décisionnel proprement dit, en tant que support technique indispensable de la préparation rationnelle des décisions ». DEBBASCH Charles, *Science administrative*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1980, pp. 139-140. Dans le processus de décision administrative, l'introduction de l'informatique présente deux utilités : elle remplit une « fonction de gestion » et une « fonction de rationalisation ».

croissant d'informations<sup>336</sup>. Sa diffusion dans les services paraissait alors d'autant plus nécessaire qu'elle permettait d'une part un allègement considérable de tâches administratives dévoreuses de personnel et de temps et, d'autre part, de produire une information plus fiable, donc *in fine* une action administrative plus pertinente<sup>337</sup>. En effet, à la question « pourquoi l'informatique? », la science administrative répond, explicitement et pragmatiquement: pour « rendre service; maîtriser la gestion; supprimer des opérations manuelles; accentuer les contrôles automatiques; aider à la mise en place de nouvelles méthodes; rationaliser les traitements; intégrer les traitements; déconcentrer les traitements »<sup>338</sup>. Cette réponse n'a rien pour étonner, dans la mesure où les critères de rationalité de l'action publique impliquent notamment une réduction de la marge d'incertitude sur les choix opérés, ainsi qu'une recherche de pertinence de la décision par rapport à son objet<sup>339</sup>. L'introduction puis la diffusion de l'informatique dans l'administration tend donc depuis l'origine à se confondre avec les politiques de rationalisation de son action<sup>340</sup>. Plus récemment, cette contribution de l'informatique à la rationalisation du travail administratif a même été perçue comme un élément de la notion européenne du « droit à une bonne administration » garanti par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux<sup>341</sup>.

Cette recherche d'efficacité de l'action publique explique le délaissement d'une optique uniquement juridique pour y intégrer ou lui substituer des considérations relatives à la gestion et à la théorie des organisations<sup>342</sup>. L'institution administrative est alors considérée comme une

336 MASSENET Michel, *La nouvelle gestion publique*, Éditions Hommes et techniques, 1975, pp. 79-87.

337 FRAYSSINET Jean, *La bureaucratie*, Berger-Levrault, 1981, p. 89: « La croissance rapide de la taille des fichiers au niveau des administrations centrales, des grands services extérieurs et des collectivités locales a entraîné l'inadaptation des méthodes traditionnelles de gestion des fichiers et des dossiers provoquant une perte de qualité de l'information. C'est précisément au moment où les services ressentaient le plus de difficulté à gérer convenablement les informations de base qu'est apparue l'informatique, technologie dont les avantages correspondent exactement aux besoins de l'administration. L'automatisation de la tenue des fichiers est devenue le dénominateur commun de toutes les applications de l'informatique dans l'administration (...) ». Pour des exemples concrets, voir p. 90 et ss.

338 DASSE Michel, L'initiative informatique, *in* Informatique et développement régional, Actes du colloque des 20 et 21 octobre 1977 tenu à Fontevraud, La Documentation française, 1978, p. 23.

339 CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, 4<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007, pp. 482-495.

340 DEBBASCH Charles, *op. cit.*, pp. 137-154; CHEVALLIER Jacques, *op. cit.*, p. 542: l'auteur fait une synthèse de cette tendance pour la France des années 1980. Il convient de noter que cette tendance se poursuit encore, avec des conséquences en termes d'échanges internationaux d'informations qui seront analysés *infra*, deuxième partie, titre 2. La seule différence est que ce mouvement de rationalisation de l'action administrative par l'électronique a désormais pour nom l'« e-administration ». Pour un aperçu pratique de ses enjeux, voir: JUBERT Francis, MONTFORT Élisabeth, STAKOWSKI Robert, *La e-administration – Levier de la réforme de l'État*, Dunod, 2005. Pour une approche plus théorique et plus approfondie, voir CHATILLON Georges et DU MARAIS Bertrand (dir.), *L'administration électronique au service des citoyens*, Actes du colloque du Conseil d'État et de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 21 et 22 janvier 2002, Bruylant, 2003.

341 Ainsi, l'ancien plan d'action i2010 pour la généralisation de l'administration électronique en Europe est fondé directement et explicitement sur cet article 41 de la Charte des droits fondamentaux et sa notion de bonne administration. Cette relation a été mise en évidence dans une thèse récente: voir BOUSTA Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, thèse, L'Harmattan, 2010. P. 176, l'auteur propose une typologie des moyens de l'administration en considérant que « sans prétendre à l'exhaustivité, trois catégories doivent être ici exposées: les moyens financiers, les moyens humains et les moyens matériels. Cette dernière rubrique peut être définie négativement: les moyens matériels désignent les moyens qui ne sont ni financiers ni humains. Il peut, à titre d'exemple, aussi bien s'agir de la matière première que des nouvelles technologies. L'introduction de l'informatique dans le fonctionnement quotidien de l'administration permet en effet un meilleur accomplissement des fins et donc une bonne administration ».

342 CHEVALLIER Jacques et LOCHAK Danièle, *Science administrative, Tome I – Théorie générale de l'institution administrative*, LGDJ, 1978, p. 16: « Le facteur essentiel qui explique l'élargissement des préoccupations concernant l'administration dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle est sans doute la constatation de

organisation au sens large, indépendamment de sa fonction de service de l'intérêt général. Or, dans la théorie des organisations, la question de l'efficacité d'une institution dépend de son adaptation à ses fins et à son environnement. Cette capacité d'adaptation est indissociablement liée à sa faculté d'acquérir et d'employer rationnellement l'information sur son environnement extérieur. L'enseignement qui en est tiré en science administrative est qu'une des causes de l'inefficacité supposée de l'administration publique à une certaine époque réside dans un processus congestionné d'acquisition et de circulation de l'information<sup>343</sup>. Certains auteurs comme les professeurs Jacques Chevallier et Danièle Lochak opposent alors le modèle ancien d'administration bureaucratique au modèle plus performant d'une administration ouverte sur son environnement<sup>344</sup>. Dans cette optique, l'informatique est perçue comme un instrument d'approfondissement de la réforme de l'État après la seconde guerre mondiale.

Mais s'en tenir à ce constat serait encore trop réducteur et il faudrait remonter plus loin pour élucider la relation entre l'Etat et l'informatique. Ainsi, Pierre Rosanvallon a pu considérer que « l'histoire de l'État est d'abord celle d'un processus de rationalisation »<sup>345</sup>. L'emploi de procédés informatiques semble alors constituer l'aboutissement d'un processus de rationalisation de l'action de l'État remontant à l'époque des Lumières, considérée comme le berceau de la « politique de la raison »<sup>346</sup>. Le professeur Jean-Jacques Chevallier adopte à l'égard de cette période un questionnement et des réponses dépourvus d'ambiguïté: « De ce nouveau système de croyances, que ressort-il avec quelque clarté et précision pour ce qui a trait au gouvernement des hommes? (...). Que tout souverain a pour devoir d'opérer les réformes dictées par la raison en vue du bonheur des individus et des peuples »<sup>347</sup>. Mais cette époque ne conduit qu'à mettre en avant le principe de la rationalité de l'action de l'État au sens large. Il ne constitue alors qu'un principe

l'inadaptation de l'appareil administratif à ses nouvelles tâches. Ce sont donc des considérations utilitaires qui ont conduit les praticiens d'abord, les théoriciens ensuite, à s'intéresser au fonctionnement interne des services et aux techniques de gestion, dans le but d'améliorer l'efficacité tant interne qu'externe de l'action administrative. Ceci explique que le thème de la réforme administrative soit au départ étroitement lié à celui de la science administrative ».

343 CHEVALLIER Jacques et LOCHAK Danièle, *Science administrative, Tome II – L'administration comme organisation et système d'action*, LGDJ, 1978, p. 179: « L'ouverture est, à première vue, une donnée constante et nécessaire à la vie organisationnelle: non seulement l'organisation est toujours issue d'un certain milieu avec lequel elle entretient des relations d'échange et de complémentarité, mais encore sa survie paraît dépendre de la densité et de l'intensité de ses relations avec lui: plus l'organisation améliore sa sensibilité vis-à-vis de l'environnement en se montrant réceptive à ses sollicitations, et plus elle tend à développer son efficacité et ses facultés d'adaptation. L'exigence d'ouverture est particulièrement impérieuse pour l'administration, compte tenu de la nature de son rôle dans la société: l'administration ne peut déterminer les conditions de préservation des équilibres sociaux qu'en tissant des liens étroits et réciproques avec le milieu social ».

344 CHEVALLIER Jacques et LOCHAK Danièle, *Science administrative, Tome II – L'administration comme organisation et système d'action*, LGDJ, 1978, p. 180: « l'administration se trouve, dans le schéma d'ouverture, reliée à l'environnement par un flux continu et circulaire d'informations et d'échanges: elle importe de l'environnement l'énergie et l'information nécessaires (*input*) qu'elle transforme (*throughput*) en décisions et en actions (*output*) ».

345 ROSANVALLON Pierre, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Seuil, 1990, pp. 21-22 : « Tout en étant amorcé dès le milieu du XVIII<sup>ème</sup> siècle, le mouvement de rationalisation de l'État ne produit cependant que des effets limités avant 1789, les racines absolutistes de la monarchie constituant un obstacle fondamental à la régularisation des procédures administratives. La révolution va permettre de lever cet obstacle, et contribuer ainsi à l'accélération de la modernisation de l'État. (...) aussi l'avènement d'un régime constitutionnel semble-t-il indissociable d'un processus de régularisation de l'État. Mise en place d'un véritable État de droit d'abord (...). Mais réforme également de l'appareil de l'État lui-même pour en faire une machine régulière et transparente ».

346 CHEVALLIER Jean-Jacques, *Histoire de la pensée politique*, Éditions Payot & Rivages, rééd., 1993, p. 455 ; NAY Olivier, *Histoire des idées politiques*, Armand Colin, 2007, p. 254.

347 CHEVALLIER Jean-Jacques, *op. cit.*, p. 458.

général d'organisation de l'État et d'orientation de ses finalités. Il faut attendre la fin de la seconde guerre mondiale, en France, pour que cette exigence de rationalité de l'action publique soit systématisée et posée comme une norme comportementale de l'action administrative.

En effet, l'expérience des deux guerres mondiales a révélé, à des degrés divers et pour des raisons variées, le défaut d'adaptation de l'administration française à son environnement et, dans une certaine mesure, son inefficacité relative. Corrélativement, au sortir de chacune de ces deux guerres, des travaux théoriques ont été publiés afin de repenser l'organisation du travail administratif dans le sens d'une plus grande efficacité<sup>348</sup>. La considération du travail de l'administration comme une tâche de gestion permet ainsi d'y appliquer les principes nouveaux visant à accroître son efficacité. En France, au sortir de la seconde guerre mondiale, cette prise de conscience s'est traduite par la mise en place dès 1946 d'institutions chargées de rationaliser l'action de l'administration comme le Commissariat au Plan<sup>349</sup> et par l'élaboration d'une méthode d'intervention de l'État se voulant plus rationnelle. Cette méthode est aussi bien mise en œuvre au niveau des orientations politiques stratégiques, avec la Planification, qu'avec des techniques de rationalisation du travail plus spécialisées, à l'instar du Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics.

Cette volonté neuve de rationaliser le travail des personnes publiques a été si étendue qu'elle s'est immiscée jusque dans des domaines apparemment triviaux, comme l'élaboration des bâtiments administratifs, ainsi passée « du prestige à la rationalisation ». La fonctionnalité des bâtiments publics et leur regroupement rationalisé en cités administratives s'impose alors comme un symbole visible de cette conversion de l'Administration aux « normes modernes du rendement »<sup>350</sup>. Ainsi, l'édification à Paris du siège de l'UNESCO selon le style « Le Corbusier » s'inscrit-elle directement dans cette volonté de rationalisation ostensible de l'action publique. Au delà de cet aspect relativement anecdotique, cette volonté fait surtout l'objet d'une diffraction dans les diverses modalités d'action de l'administration. Ainsi, les réformes de la fonction publique vont-elles dans le sens d'une rationalisation de l'emploi ainsi que d'une amélioration du recrutement et de la formation<sup>351</sup>. Ce faisant, l'après-guerre voit triompher une version moderne du Saint-simonisme du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>352</sup>. Mais même cette conception ne fait que systématiser la conception de l'administration découlant de la Révolution de 1789, dont le but a alors pu être conçu comme celui de réaliser le bonheur des peuples et non plus de servir un monarque. Cette première conception a servi de socle théorique au développement de l'État-providence<sup>353</sup>.

348 LEGENDRE Pierre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, pp. 90-103, sp. p. 97: « La guerre de 1939-45 s'acheva en une victoire de l'organisation. Nous n'avons pas fini de ressentir les effets d'un fait historique aussi capital, qui coïncide avec les débuts d'une seconde Révolution industrielle. L'avènement en France de l'État industriel marque ainsi la transition entre la « nomocratie » et la « telocratie » (B. de Jouvenel) ».

349 Cette institution n'est pas la seule mais est particulièrement emblématique. A titre d'exemple complémentaire, l'INSEE est constituée à cette même époque par le regroupement du Service National des Statistiques, l'Institut de Conjoncture, les services de la direction du Plan et de la Documentation du ministère de l'Économie.

350 LEGENDRE Pierre, *op. cit.*, pp. 524-527.

351 GRISTI Éric, *La réforme de l'État*, Vuibert, 2007, pp. 94-112.

352 Sur la question de la technocratie, dans son rapport à la protection des données personnelles, voir *infra*, Deuxième partie, titre 1, chapitre 2.

353 LEGENDRE Pierre, *op. cit.*, p. 100: « Malgré l'aggravation des causes de tension dans le monde après 1945, il est admis que les sociétés techniciennes réaliseront, sauf accident atomique, le progrès absolu par l'élimination des conflits et la satisfaction des besoins. Schématiquement, ce paradis sera réalisé grâce au perfectionnement des techniques d'organisation. Tandis qu'auparavant la connaissance du futur était divinatoire, la fin des incertitudes paraît proche ».

En cela donc, l'apparition et la diffusion de l'informatique dans les administrations ne constitue pas une révolution sur le fond dans la mesure où elle ne fait que prolonger le travail de rationalisation de l'administration<sup>354</sup>, travail qui par ailleurs la caractérise dans nos types de sociétés occidentales<sup>355</sup>. Pour autant, une telle conception est réductrice car la liberté de l'informatique s'avère consubstantielle à l'État moderne et, au delà, à toute institution.

### *B/ L'informatique comme élément essentiel de toute organisation*

Si l'administration traite des données personnelles avec une certaine liberté, c'est avant tout parce qu'elle est une institution. Cette exigence primordiale mais implicite est déclinée et explicitée spécialement pour l'administration par les lois gouvernant l'action publique telle que le principe de bonne administration ou les lois de Rolland. Mais ces fondements de l'action publique n'ont pour effet que d'accélérer et non de susciter le traitement de données personnelles au sein des administrations, dans une optique d'efficacité de l'action publique. Ainsi, la tendance récente à mettre en place une *e-administration* n'est que l'application consciente de ces principes guidant l'action publique. On ne saurait réduire la nécessité de traiter des données personnelles à l'application de ces principes. Cette nécessité découle de l'existence et de l'application inconsciente d'une liberté de traitement des données personnelles inséparable d'une liberté de gestion de l'information propre à toute institution.

En effet, le traitement rationnel de l'information, notamment personnelle, constitue une fonction cardinale de l'activité de l'administration publique<sup>356</sup>. Dans ces conditions, l'État et l'ordinateur constituent tous deux des « machines informationnelles »<sup>357</sup> dont la fonction de

354 FRAYSSINET Jean, *La bureaucratie*, Berger-Levrault, 1981: « Si l'informatique est définie comme la science du traitement rationnel de l'information considérée comme le support des connaissances et des communications dans tous les domaines de l'activité humaine, elle est présente dans l'administration depuis l'apparition historique de cette dernière », p. 16. Pour ainsi dire, « l'informatique est, de tout temps, une activité consubstantielle à l'activité administrative ». Voir également CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, 4<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007: « si elle a permis d'accroître l'efficacité de l'action administrative, d'améliorer le service rendu aux usagers et d'aménager les conditions de travail des agents, l'informatique n'a cependant pas bouleversé le fonctionnement administratif », p. 542.

355 WEBER Max, *Économie et société, Tome 1: Les catégories de la sociologie*, Pocket, Collection Agora, 1995, p. 298: l'administration bureaucratique constitue ainsi pour cet auteur « la forme de pratique de la domination *la plus rationnelle* du point de vue formel ». Ainsi représentative du travail de rationalisation à l'œuvre depuis les Lumières, sa naissance constitue, « pour ainsi dire, la spore de l'État occidental moderne ».

356 MEHL Lucien, « La cybernétique et l'administration », *RA*, juillet-août 1957, p. 418: « L'information est génératrice d'ordre, qu'elle s'oppose à une distribution purement probabilité des événements et s'analyse en définitive en une « entropie négative ». Or, administrer c'est bien lutter contre la pente naturelle des événements, en recherchant la distribution optimum des biens des services et de leurs moyens et conditions de production, dans l'espace et dans le temps. Pour ce faire, l'administration doit recueillir l'information, la véhiculer, la transformer, la renvoyer. Mais, c'est la transformation de l'information qui est au cœur de l'opération administrative. C'est à son niveau que se situe la notion de stratégie, car l'information est rarement complète (auquel cas la décision à prendre découlerait *ipso facto*, de l'information et des « règles du jeu ») et, plus généralement, de choix, si, compte tenu des objectifs recherchés, il existe plusieurs solutions acceptables. En résumé, l'administration est avant tout un savoir en tant que sa mission est de préparer des décisions exécutoires, rendues par le pouvoir politique ou par elle-même, ce n'est donc qu'indirectement qu'elle est un pouvoir. Enfin, l'exécution de la décision qui suppose un savoir-faire, même si elle incombe au service public, n'est plus à proprement parler du domaine de l'administration pure. La frontière entre la décision et l'exécution ».

357 MEHL Lucien, *op. cit.*, p. 419: « Ainsi l'administration peut être regardée comme un système cybernétique, mais qui revêt des aspects propres. L'administration n'opère que sur de l'information. Son homologue dans le monde des machines est « l'ordinateur » et non la machine-outil ».

traitement de l'information peut être perçue comme régie par des principes communs de gestion<sup>358</sup>. Ces principes trouvent dans un premier temps, une première théorisation dans la théorie de l'institution de Maurice Hauriou (1) et, dans un deuxième temps, dans la réception en science administrative de la théorie cybernétique et de la sociologie des organisations (2).

### 1) Maurice Hauriou, précurseur des sciences de l'information et de la communication

La théorie de l'institution développée par Maurice Hauriou a pour origine un objet sociologique : le groupe. Partant de cette base extra-juridique, il en déduit des enseignements pour le droit<sup>359</sup>. Cette théorie contient les germes de la relation de nécessité existant entre une institution et l'activité de traitement de l'information. Le doyen toulousain définit lui-même l'institution, dans son acception la plus générale, comme « une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par un équilibre de forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit »<sup>360</sup>. De manière plus synthétique et dynamique, il la définit comme « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social »<sup>361</sup>. Résumant et systématisant les différentes définitions de cet auteur, le professeur Jacques Mourgeon définit l'institution comme suit : « En sus de ces deux composants principaux que sont l'entité collective et l'idée qui l'anime, l'institution présente diverses caractéristiques. On trouve, en premier lieu, une durée, une relative permanence, l'accomplissement de l'œuvre pouvant être à long terme et durer davantage que la participation de chacun des membres : douée d'une existence propre, l'institution évolue indépendamment de son substrat humain. On trouve, en second lieu, une structure, car il ne saurait y avoir accomplissement d'une œuvre collective sans un minimum d'*organisation* et de coercition. La *structure* est constituée par l'agencement des organes moteurs de l'institution et par les relations s'établissant entre eux, ou entre eux et les membres »<sup>362</sup>.

Cette systématisation du professeur Mourgeon est particulièrement intéressante pour notre sujet en ce qu'elle permet de bien distinguer au sein du concept d'institution la notion de structure. Non pas que le doyen Hauriou ait méconnu cet élément au sein de sa propre théorie mais la définition qu'il en propose, au regard de celle proposée par le professeur Mourgeon, n'est qu'à peine esquissée<sup>363</sup>. *A contrario*, ce dernier met sur le même plan la nécessité de coercition

358 MEHL Lucien, « La cybernétique et l'administration II: les applications de la conception cybernétique de l'administration », *RA*, septembre-octobre 1958, p. 541: « Si l'on opère le rapprochement de la conception cybernétique et celle de Fayol, on constate que ces deux conceptions sont au fond équivalentes: organiser se rapporte à l'élaboration des structures ; commander aux procédures, à l'art de la décision, quant à la prévision et au contrôle ce sont les actes initiaux et finaux de toute préoccupation administrative, qu'il s'agisse des structures ou des procédures, et l'expression coordonner souligne que l'administration est essentiellement une activité de synthèse, qu'il convient d'harmoniser les relations entre les structures, la circulation des flux dans les différents réseaux ».

359 MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXV, 1967, p. 23 : « La théorie de l'institution est, en effet, une théorie des phénomènes de groupe. Le groupe est sa donnée. L'étude des relations au sein du groupe et entre groupes est son objet. La description du droit du groupe est sa finalité ».

360 HAURIOU Maurice, « L'Institution et le droit statutaire », in *Recueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>ème</sup> série, T. 11, 1906, p. 135.

361 HAURIOU Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », 1925, in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, réimp. Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1986, p. 10.

362 MOURGEON Jacques, *op. cit.*, pp. 24-25.

363 L'idée de structure se retrouve ainsi en filigrane dans ses travaux au travers de l'idée d'organisation du pouvoir,

pour l'institution et celle de sa structuration. Il n'insiste que sur la première car elle constitue l'objet même de sa thèse, à savoir, que « l'institution administrative (...) secrète, en quelque sorte, une répression parce que la répression est consubstantielle à toute institution »<sup>364</sup>. Ce faisant, il prolonge des analyses plus anciennes d'auteurs privatistes constatant le caractère consubstantiel du pouvoir disciplinaire à toute institution<sup>365</sup>. Mais à ce stade, il est d'ores et déjà possible de conclure qu'à l'instar de la coercition, toute institution implique, par principe, l'existence d'une structure de coordination de ses différents moyens et membres entre eux et avec l'extérieur.

Mais le recours à la théorie d'Hauriou ne constitue qu'une première étape dans l'explicitation de cette relation. Non pas que cet auteur n'ait pas perçu la nécessité de concevoir l'institution comme le produit, d'une part, d'une interaction permanente avec son environnement et, d'autre part, de la circulation « des relations nécessaires pour assurer la perpétuelle tension interne d'un organisme social ». En effet, son étude sur l'« énergétique sociale » présentée en 1899 dans ses *Leçons sur le mouvement social* fait véritablement figure d'ancêtre des sciences de la communication<sup>366</sup>. Et cet auteur ne cesse de revenir sur ce sujet dans son étude consacrée la même année à *La gestion administrative*<sup>367</sup>.

sans que le terme même n'apparaisse véritablement. Voir HAURIOU Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », 1925, in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, réimp. Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1986, p. 10: « pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui [à l'institution] procure des organes ; d'autre part entre les membres du groupe social intéressé à l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir, et réglées par des procédures ». Il est également possible de considérer qu'elle se retrouve, de manière tout aussi atténuée, dans l'idée d'équilibre mise en avant dans SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966, p. 89 : « Une institution est une organisation sociale dont la permanence est assurée par un équilibre de forces internes. La durée est une condition fondamentale. Une œuvre qui, quoique bien organisée, ne paraîtrait pas devoir survivre à son fondateur ne serait pas une institution ».

364 MOURGEON Jacques, *op. cit.*, p. 524.

365 GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Economica, 1985, p. 35 et ss. L'auteur présente les thèses des précurseurs de l'analyse institutionnelle en droit privé et rappelle la décision qui les encourageât dans cette voie : C. Cass., soc., 16 juin 1945, *Etablissements Poliet et Chausson c/ Vialard*, DS, 1946, p. 427. La Cour y établit que le silence du règlement intérieur ne suffit pas à « priver le patron d'un pouvoir disciplinaire inhérent à sa qualité ».

366 HAURIOU Maurice, *Leçons sur le mouvement social*, Larose, 1899, p. 167 : « La production, la circulation, la consommation du pouvoir interne, la création des relations nécessaires pour assurer la perpétuelle tension interne d'un organisme social, constituent le véritable travail de cet organisme qui est ainsi un travail interne. Quant au service extérieur rendu, à l'action extérieure exercée par l'organisme social, ils sont surrogatoires. On peut dire d'une institution sociale quelconque, qu'elle fonctionne avant tout pour elle-même, très accessoirement pour le service qu'elle doit rendre au public. C'est ainsi que le véritable travail physiologique consiste dans la glycogénie, dans le répartition et la consommation du glycogène qui assurent l'élasticité musculaire. Au demeurant, les organismes sociaux et les organismes vivants sont des « systèmes » mécaniques qui doivent dépenser un travail continu pour se maintenir à l'état de systèmes ».

367 HAURIOU Maurice, *La gestion administrative*, Larose, 1899, p. III : « Je crois avoir démontré qu'il s'établit dans la gestion, d'une façon nécessaire, une collaboration entre l'administration et le milieu administrable. D'une part, des vérités scientifiques qui trouvent leur application en matière sociale nous enseignent que tout travail est coopératif (...). D'autre part, des analyses minutieuses confirment qu'en effet, dans tous les cas de gestion, on découvre une coopération. Le fonctionnaire, le fournisseur, l'entrepreneur, le contribuable, le conscript, le simple administré sont, en des occasions innombrables, des collaborateurs de l'administration. A côté de la Puissance publique qui commande, apparaît celle qui gère la vaste entreprise coopérative des services publics ; dans la gestion administrative, le caractère coopératif se révèle avec la même évidence que dans la production économique ; il explique une forme de société très étroite, la naissance de droits subjectifs des administrés et la création d'un contentieux de la pleine juridiction qui est le plus large qui puisse exister entre l'administré et l'administration ».

Or, en 1899, l'impact de l'information sur l'organisation ne pouvait être connu. La cybernétique et la sociologie des organisations constituent des progrès dans la compréhension des phénomènes de groupe en sciences sociales. Ces progrès permettent une lecture plus fine des phénomènes de gestion administrative, dans le prolongement direct de l'intuition d'Hauriou et de Duguit. Il faut donc, à leur instar<sup>368</sup>, partir des sciences sociales pour mieux comprendre le droit administratif. Un détour hors du droit s'impose alors pour gagner en précision. Il s'opère par la cybernétique et la sociologie des organisations. Ces théories permettent de préciser, en dehors du droit, l'importance de l'information comme condition d'existence et de continuité du groupe institutionnel. L'apport de ces deux théories à la matière juridique est opéré par les auteurs intervenant en science administrative.

## 2) L'apport décisif des théories cybernétiques dans la définition de l'informatique

Une telle conception du rôle de l'information dans la gestion de l'institution administrative tend alors à faire de l'emploi systématique de moyens informatiques au sein de l'administration un prolongement des théories cybernétiques. Le recours contemporain à la notion de cybernétique, appliquée à la matière des finances publiques, est révélateur de cette évolution. En effet, une conception cybernétique de l'État tend à le considérer comme une organisation à gérer et non à diriger<sup>369</sup>. La liberté d'administration est une liberté de moyens et non de fins mais, lorsque que l'on pousse la logique gestionnaire jusqu'au bout, la gestion rationnelle de l'organisation devient la seule fin. Pour ainsi dire, l'Exécutif et donc la gestion deviennent alors le seul horizon de l'action publique, à l'exception du Législatif, donc du politique. Dans ces conditions, le débat autour de l'inscription dans la constitution d'une « règle d'or » relative à l'équilibre du budget ne fait qu'illustrer cette tendance de la rationalité gestionnaire à se poser en concurrente de la rationalité politique<sup>370</sup>. Bien en amont de ces débats récents, le traitement rationnel de l'information personnelle apparaît alors, dans une approche historique, comme consubstantiel au phénomène étatique moderne<sup>371</sup>(a). Cette analyse annonce et confirme la théorisation qui en sera opérée par

368 Une étude de la gestion administrative s'appuie nécessairement sur les sciences sociales. Duguit n'a ainsi rien inventé en s'inspirant du sociologue Durkheim : Maurice Hauriou puisait explicitement dans les sciences sociales et les sciences dures comme la thermodynamique son inspiration. A cet égard, voir par exemple HAURIOU Maurice, *Leçons sur le mouvement social*, Larose, 1899, p. 1 : « Objet des leçons : analogies à puiser dans la mécanique rationnelle et la thermodynamique, pour appuyer la théorie d'après laquelle il y aurait dans la vie sociale à la fois du mécanisme et de la liberté ».

369 Sur cette conception technocratique, et en quoi le droit des données personnelles en constitue une limite, voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2.

370 BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine, LASSALE Jean-Pierre, *Finances publiques*, 11<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2012, p. 50, au début d'une subdivision intitulée « « Cybernétique financière » et fin du politique? » : « On se trouve finalement en présence d'un grand nombre de petites et de grandes incertitudes, des incertitudes que la logique technicienne prétend précisément pouvoir limiter en instituant une sorte de « cybernétique financière » qui, dans le cadre de pensée et des techniques contemporaines, ne fait que renouer avec un vieux rêve de certains utopistes et idéologues, celui d'une société idéale dont le fonctionnement serait parfaitement rationalisé car fondé sur des dispositifs automatiques de régulation. Cette fascination pour l'automate conduit à penser et instituer des systèmes experts visant à garantir une autorégulation des finances publiques et au fond à faire échapper la décision budgétaire aux aléas des faiblesses humaines, notamment politiques. Il s'agit là d'une conception qui est aujourd'hui encouragée par un véritable engouement pour les techniques de gestion, avec parfois des assimilations un peu hâtives entre gestion et politique et le risque de finir par élever les techniques de gestion au rang du politique ». Voir également BOUVIER Michel, La « règle d'or » des finances publiques a-t-elle un avenir?, *RFFP*, n° 117, février 2012, pp. 135-147.

371 RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 583, à propos de la notion de fichier public dans la loi du 6 janvier 1978: « Pour les premiers, l'informatisation s'est bornée à perfectionner une technique ancienne de gestion de l'État. Les fonctions traditionnelles de l'État-gendarme ont

les théoriciens de la cybernétique et les auteurs de science administrative (b).

a) L'antériorité de l'approche historique des traitements de données personnelles

La souveraineté de l'État moderne se traduit assez tôt dans l'histoire par l'emploi de ces instruments de gestion rationnelle de l'information nominative que sont les registres, les casiers, les fiches et les fichiers. La collecte de l'information, notamment en ce qui concerne les personnes physiques, apparaît alors dans l'optique d'un affermissement de la maîtrise de l'État sur lui-même, comme un instrument privilégié de la fonction de Police, telle que mise en lumière par Paolo Napoli<sup>372</sup>. La systématisation d'une politique de souveraineté étatique est ainsi concomitante à partir du XV<sup>ème</sup> siècle du début de ce que certains historiens ont qualifié d'« âge d'or des registres »<sup>373</sup>. En France, cet âge d'or commence à se manifester sous la forme d'ordonnances royales rendant obligatoires des formalités nominatives. Ainsi, depuis l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, les naissances et baptêmes doivent être enregistrés. Depuis l'ordonnance de Blois de 1579, ce sont les mariages et les décès qui doivent être inscrits dans les registres.

Les raisons de cet « âge d'or » résident dans le processus d'affirmation des entités étatiques. L'accroissement de la concurrence avec d'autres États entraîne un processus de rationalisation des ressources royales<sup>374</sup>. Cela se traduit par une volonté d'améliorer l'administration royale, qui passe par une centralisation des procédures et une entreprise d'évaluation et de recensement des ressources du Royaume. Or, au titre de ces ressources, se trouve la population. Cette liaison historique entre la notion de souveraineté et les premiers fichiers se retrouve chez celui des auteurs qui est présenté comme le père de la théorie de la souveraineté. Ainsi, dans ses Six livres De la République, Jean Bodin affirme certes la formule bien connue selon laquelle « il ne faut jamais craindre qu'il y ait trop de sujets, trop de citoyens: veu qu'il n'y a richesse, ni forces que d'hommes »<sup>375</sup>. Mais surtout, dans son livre sixième consacré à l'institution de la censure romaine, il encourage ces procédés en s'appuyant sur cet illustre exemple dans le but explicite d'accroître la souveraineté de l'État par l'accroissement des moyens matériels et humains dont il dispose<sup>376</sup> ; il

justifié la collecte et la conservation de nombreuses données à caractère personnel. Citons à titre d'exemples les registres de l'état civil, les registres de publicité foncière, l'administration du cadastre. Les informations relatives à la fortune des citoyens sont indispensables à la perception de l'impôt et elles se sont développées avec l'aggravation de la pression fiscale ».

372 Voir *supra*, introduction générale, chapitre 3, section 1.

373 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *Histoire de l'identification des personnes*, La Découverte, 2010, p. 33: « A partir du milieu du XV<sup>ème</sup> siècle, de nouvelles formes d'enregistrement, établies par l'Église, les autorités municipales et les États, commencent à faire leur apparition. Elles marquent une rupture avec les pratiques antérieures du Moyen Age, par le degré de précision croissant et l'ambition totalisante qu'elles partagent ».

374 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, pp. 34-35: « Au cours de cette période, les États territoriaux s'affirment, cherchant à exercer leur autorité sur des espaces plus vastes, à partir d'une administration centralisée, mais aussi de manière plus directe, sans s'en remettre aux intermédiaires obligés qu'étaient les seigneurs féodaux et les villes. Dans un contexte de concurrence accrue et d'allongement des conflits entre les puissances européennes, pour faire la guerre, celles-ci doivent se doter d'instruments administratifs efficaces, afin de mobiliser des ressources considérables, indispensables à l'entretien d'armées toujours plus importantes, de places fortes et de flottes de guerre ».

375 BODIN Jean, *Les Six Livres de la République*, 1576, Livre cinquième, p. 546.

376 BODIN Jean, *Les Six Livres de la République*, 1576, Livre sixième, p. 606: « Mais l'un des plus grands, et principaux fruits qu'on peut recueillir de la censure, et dénombrements de foyers, c'est qu'on peut connaître de quel état, de quel métier chacun se mêle, de quoi il gagne sa vie: afin de chasser, des Républiques les mouches guêpes, qui mangent le miel des abeilles, et bannir les vagabonds, les fainéants, les voleurs, les pipeurs, les rufians, qui sont au milieu des gens de bien, comme les loups entre les brebis. On les verrait, on les marquerait, on les connaîtrait partout ». L'objectif est alors de favoriser la création de richesse et d'instaurer les conditions d'une vie en société pacifiée apte à faire naître chez les sujets la volonté et les moyens de les

participera d'ailleurs directement et activement aux États généraux de Blois en 1576<sup>377</sup>, à l'origine de l'ordonnance éponyme de 1579 évoquée *supra*.

L'on comprend dès lors l'apparition à cette date des premiers cadastres et registres fiscaux, ainsi que les premiers recensement de la population. Ces opérations trouvent leur raison d'être dans la connaissance de la richesse du Royaume. La statistique apparaît également à cette occasion, en tant que « savoir qui a pour objet la mesure des forces de l'État »<sup>378</sup>. Cette volonté de connaître l'étendue de ses ressources va se prolonger par la mise en œuvre de politiques de nature à les accroître, sous le nom de police<sup>379</sup>.

Jusqu'au XIX<sup>ème</sup>, l'identification des personnes obéit ainsi à une logique réflexive de l'État sur lui-même. L'identification des personnes est alors conduite dans l'optique d'une connaissance et d'un développement *per se* de la puissance de l'État. Cette rationalisation des moyens étatiques se traduit ainsi en France par les premières tentatives de systématiser un état civil laïc, la mise en place d'un cadastre et de registres fiscaux, des registres d'identification des soldats et des marins, la mise en place des premiers documents d'identité. Bref, des premiers fichiers au sens moderne du terme, c'est à dire des premiers instruments de traitement rationnel d'informations personnelles.

A partir du XIX<sup>ème</sup> siècle, cette dynamique d'identification n'est plus seulement portée par la rationalisation des moyens de l'État. Cette première dynamique est renforcée par le phénomène de constitution des États-nations et, à ce titre, se trouve tout spécialement mis en avant en France. Le traitement rationnel par l'État d'informations nominatives apparaît alors nécessaire pour attester du lien privilégié entre les nationaux et la Nation, tel qu'il peut se manifester par les premiers documents d'identité<sup>380</sup>. Ce changement de motivation derrière les politiques d'identification des personnes se traduit dans deux directions principales. La première est le renforcement du lien entre l'individu et la Nation, donc la distinction corrélative entre le national et l'étranger. Cette première branche a impliqué un renforcement et une systématisation des modalités d'état civil, nécessitant la systématisation corrélative des papiers d'identité. Cette identification renforcée des nationaux permet ainsi de contrôler plus facilement les flux

produire.

377 BERNIS Thomas, *Gouverner sans gouverner, une archéologie politique de la statistique*, PUF, 2009, p. 12, note n°1.

378 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, p. 35: « Dès les XVI<sup>ème</sup> siècle, dans les traités du « bon gouvernement » à l'usage des princes, la force des rois se mesure au nombre de leurs sujets. La nouvelle science émergente de l' « économie politique », au XVII<sup>ème</sup> siècle, légitime aussi la conduite d'enquêtes pour permettre au souverain de connaître sa population. Dans les cercles savants et les bureaux des administrations monarchiques naît à partir du XVII<sup>ème</sup> siècle la « statistique », un savoir qui a pour objet la mesure des forces de l'État ». Voir également DEPRINS Dominique, « La statistique, instrument de pouvoir ? », *RIEJ*, 2005.55, pp. 117-136.

379 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, p. 37: « Dans une optique de développement de la puissance de l'État, les souverains de l'époque moderne cherchent aussi à développer les forces productives de leurs sujets, tout en maintenant l'ordre intérieur sur un territoire plus vaste. Sous le nom de « police » (...), les gouvernements mettent en place des dispositifs pour encadrer la vie des populations, favoriser le développement harmonieux de leurs forces et permettre la coexistence dans le cadre urbain ». Voir également et de manière générale NAPOLI Paolo, *op. cit.*.

380 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, p. 56: « Au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, la communauté de citoyens définis à la fois par leur nationalité et par les liens qui les unissent aux institutions et aux organismes de l'État, se trouve délimitée par un nouveau cadre juridique. Le sentiment d'appartenance à la nation, qui forme le socle de la communauté nationale, a ainsi pu être analysé comme le produit de mécanismes visant à tisser ces liens, matérialisés notamment par des opérations d'enregistrement – le recensement- ou des objets assumant une fonction à la fois pratique et symbolique – la carte d'identité (...). Pour réaliser cette forme de solidarité dans des sociétés comptant des millions d'individus, la vie politique repose donc sur une multitude de ces liaisons à distance qui favorisent progressivement l'unification culturelle de la nation ».

migratoires, donc d'assurer la « bonne police » et de repérer les étrangers considérés alors par principe comme suspects. La seconde est le renforcement du lien entre nationaux, sur le fondement de la fraternité. Ce fondement va se concrétiser par le développement de la solidarité nationale<sup>381</sup>, à la base de l'œuvre publique sociale et lointain ancêtre de l'État-Providence<sup>382</sup>. L'historique de cette évolution justifie que de la fin du XIX<sup>ème</sup> à la seconde guerre mondiale, l'identification des personnes change non pas de nature mais d'intensité en ne faisant que prolonger et systématiser une tendance mise en mouvement au XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>383</sup>. Cette évolution spécifique aux premiers États-Nations se trouve alors juste systématisée d'un point quantitatif d'abord, avec un champ d'application géographique qui s'universalise et d'un point de vue qualitatif, avec un approfondissement considérable dans les méthodes, avec les premières formes de procédés biométriques sous la forme de la dactyloscopie.

La dernière étape dans l'histoire de l'identification telle que mise en lumière par les historiens est celle de la généralisation et de la diffusion de cette technique de gestion publique à travers toute la société. Elle s'ouvre à la fin de la seconde guerre mondiale et se poursuit jusqu'à nos jours<sup>384</sup>. Le traitement rationnel de l'information personnelle y apparaît comme consubstantiel à l'État, au point d'apparaître comme un nécessaire « impôt informationnel »<sup>385</sup> auquel seraient assujettis tous ses citoyens. Ainsi, la nécessité d'une telle collecte apparaît comme aussi impérieuse en matière de maintien de l'ordre public que dans le cadre des missions de service public<sup>386</sup>. Une telle nécessité tend alors à faire du traitement d'informations personnelles la contrepartie nécessaire à l'appartenance à un cadre étatique moderne et peut se concevoir ainsi comme un « impôt informationnel ».

Ce dernier se définit comme la contrepartie informationnelle nécessaire à la vie dans un cadre étatique<sup>387</sup>. Le premier de ces impôts informationnels n'est-il pas d'ailleurs constitué par l'obligation de porter un patronyme dont l'immutabilité - ou, à tout le moins, la relative stabilité - est inscrite dans l'état civil<sup>388</sup>? Illustrant cette observation du caractère obligatoire de ce tribut

381 BORGETTO Michel, *La notion de fraternité en droit public français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993.

382 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, p. 56 et ss.

383 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, p. 40: « tous les procédés apparus à l'époque moderne et aux XIX<sup>ème</sup> siècle sont progressivement uniformisés et centralisés par les administrations de l'État qui monopolisent dès lors totalement les moyens légitimes d'identification ».

384 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, p. 95: « Entre 1945 et 2001, l'identification des personnes s'est progressivement imposée comme un élément structurant du fonctionnement de toutes les sociétés modernes: la reconnaissance des personnes au quotidien, et dans pratiquement toutes les sphères de la vie sociale, s'est en quelque sorte banalisée au point de devenir à la fois permanente et imperceptible. En quelques décennies, l'accès à tous les services offerts aux individus est devenu conditionné par une procédure d'identification: carnets, cartes, badges, passes, plaques d'immatriculation, puces, tous ces supports accompagnent désormais le quotidien et sont indispensables pour accéder à tel ou tel droit au service ».

385 BRUGUIÈRE Jean-Michel, *La diffusion de l'information publique*, thèse, Montpellier I, 1995, p. 65.

386 MAISL Herbert, *Le droit des données publiques*, LGDJ, 1996, p. 35: « Ses prérogatives de puissance publique habilite l'État à collecter cette masse de données ; il dispose, d'ailleurs, parfois, d'un monopole de cette collecte. En dehors des finalités régaliennes d'ordre public, sa mission de service public, pour fournir une meilleure prestation à l'usager, l'autorise à collecter toujours davantage d'informations diverses ».

387 LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 10: « Il n'y a pas de vie sociale sans échanges de données personnelles. Une personne est non seulement un être physique et psychique mais aussi un être informationnel ». Voir également, du point de vue du droit du travail, SARGOS Pierre, L'homme n'est pas une île, *DS*, janvier 2004, n° 1, pp. 86-89.

388 MAROT Pierre-Yves, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *Actualité juridique Pénal*, 2007, p. 61: « L'état civil avant d'être un droit est une mesure d'ordre public imposée par l'État dans un souci de connaissance et d'emprise sur les sujets de droit présents sur son territoire. L'individualisation

informationnel dans le cadre de la vie en société, dans sa thèse de droit privé consacré à *L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information*, le professeur Claude Bourgeos pose le constat, d'une part, de l'existence par principe de l'extension de l'interdiction d'anonymat dans les rapports entre les personnes privées et la puissance publique. D'autre part, il établit l'existence d'une réduction vertigineuse de l'anonymat de fait par les NTIC dans le cadre des relations privées<sup>389</sup>. Une telle recherche de rationalité innervait ainsi la conception moderne de l'État et implique l'utilisation par principe de traitements rationnels de l'information, notamment nominative<sup>390</sup>.

L'appel récent à la performance en tant que fondement de l'administration électronique (voir *infra*) et, plus largement, en tant que principe potentiellement nouveau du service public<sup>391</sup>, ne constitue ainsi que le prolongement d'une conception historique de l'État comme servant de la Raison. Une telle conception implique de l'État qu'il achève de se muer en « machine informationnelle », dans la mesure où la collecte, le traitement et la production d'informations lui sont consubstantielles<sup>392</sup>.

#### b) Une approche historique validée *a posteriori* d'un point de vue théorique

Ce caractère consubstantiel à l'État du traitement rationnel de l'information personnelle mis en lumière par les historiens peut être généralisé à toute institution. En effet, il apparaît que plus généralement, « l'informatique est [devenue] la clé de voûte du système nerveux de toutes les

réalisée par l'état civil emporte deux conséquences indissociables: il permet de désigner chaque individu, si bien que l'anonymat est impossible aux yeux des autorités étatiques » et pp. 76-77: « La vie sociale impose une identification de tous les individus dès leur naissance. Pour accéder à la vie juridique, chaque individu doit être doté d'un état civil et il doit le porter. Véritable sauvegarde de l'intérêt général et de la liberté individuelle, cette obligation relève de l'ordre public. Par conséquent, l'anonymat se révèle impossible dans les rapports publics ». De manière générale, sur la police administrative spéciale de l'état civil, voir *infra*, titre 2, chapitre 2, section 1.

389 BOURGEOS Claude, *L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information*, thèse, Paris V, 2003. L'auteur définit p. 245 et ss l'anonymat de fait comme celui illustré autrefois par celui d'une relation de paiement en espèces ou d'une promenade sur la voie publique. Du fait des NTIC, il conclut à la disparition inéluctable de cet anonymat originellement non régi par le droit. Pour un constat globalement similaire, voir également SAINT-PAU Jean-Christophe, *L'anonymat et le droit*, 2 volumes, thèse, Bordeaux IV, 1998.

390 RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1977, pp. 61-62: « Il est inévitable que les divers services constituent des fichiers individuels consignants, sur les administrés avec lesquels ils sont en rapport, les renseignements indispensables à l'exercice de leurs missions. L'existence de ces fichiers, jusqu'à ces dernières années, n'avait retenu ni l'attention de l'opinion, ni celle des pouvoirs publics: aucun texte n'en prévoyait l'existence et n'en réglait l'usage » ; LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 8: « les nouvelles technologies constituent un puissant outil bureaucratique et technocratique devenu essentiel pour la rationalisation de la gestion publique, l'action de la police et de la justice, la conduite des politiques publiques (santé, emploi, aides publiques...), la lutte contre les fraudes, la prévision. Pratiquement toutes les relations administration-administré passent par un fichage ». Voir également LE CLAINCHE Julien, L'évolution du contrôle des interconnexions de fichiers publics, *Légicom*, n° 47, 2011/2, p. 66: « La gestion des populations par les pouvoirs publics suppose que ceux-ci aient une certaine connaissance de leurs administrés. Ce pouvoir de reconnaissance implique la collecte et le traitement d'informations susceptibles d'identifier les personnes. Les fichiers nominatifs ont été généralisés dès le XIV<sup>ème</sup> siècle sous l'impulsion de la révolution onomastique, de la conscription et des nécessités du recouvrement de l'impôt ».

391 CLUZEL-METAYER Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, thèse, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Volume 52, 2006.

392 MAISL Herbert, *op. cit.*, p. 1: « Pour l'accomplissement de ses missions, de tout temps, l'administration a collecté, produit et utilisé de l'information ; l'information est consubstantielle au rôle que la collectivité publique a à jouer ; ce phénomène n'a cessé de s'accroître à tel point qu'on a pu qualifier l'État de « machine informationnelle » ».

organisations publiques et privées quels que soient la taille ou le type d'activité »<sup>393</sup>. Mais l'informatique ne doit pas être confondu avec l'ordinateur: en tant que traitement rationnel de l'information, l'informatique est consubstantielle pour une institution à la liberté même de se gérer, c'est à dire d'utiliser les moyens les plus appropriés pour atteindre sa fin. Les institutions privées n'ont ainsi pas attendu la diffusion des procédés informatiques modernes pour tenir des fichiers ou des registres de leurs personnel ou de leurs membres ou de leurs clients<sup>394</sup>.

Ce caractère commun du traitement de données, notamment personnelles, comme instrument de gestion des plus banals et des plus nécessaires d'une institution quelle que soit sa nature, a été mis en évidence en science administrative. S'inspirant de la théorie cybernétique et de la sociologie des organisations, certains auteurs ont proposé une lecture de l'organisation administrative centrée sur la notion d'information. Le traitement de cette dernière leur apparaît comme fondamental à la survie même de l'institution<sup>395</sup>. Leurs analyses des réformes de l'État mettent justement en lumière l'ouverture croissante réalisée par l'État à l'information dans le cadre de ses politiques de réforme et de rationalisation du travail public<sup>396</sup>.

Toute institution a besoin d'une certaine liberté d'auto-organisation et d'auto-gestion pour l'accomplissement de sa propre fin, c'est à dire au final d'une liberté d'administration. La liberté d'administration n'est donc pas propre à l'État et, plus largement, aux personnes publiques. Elle est une liberté institutionnelle car elle est impliquée par l'existence même d'une institution, que cette dernière soit publique ou privée. Elle consiste en la liberté pour cette institution d'adapter ses moyens à ses fins. Cela implique de retenir une acception large de la notion d'administration, non réduite au sens d'administration publique. Dans cette acception, dégagée par Henri Fayol, l'administration décrit un phénomène commun à toute institution de droit public comme de droit privé. Il décrit cette fonction au sein des entreprises comme leur système nerveux et envisage sa

393 LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 8.

394 En effet, si le phénomène du traitement de données personnelles trouve dans l'institution étatique son occurrence la plus connue, il ne faut pas en déduire qu'elle dispose du monopole du traitement rationnel de l'information. Voir *contra* RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 584: « A la différence des fichiers publics qui satisfont aux besoins d'administration et de gestion de la puissance publique, les fichiers privés ont, pour l'essentiel, été un produit de l'outil informatique. C'est l'organe qui crée la fonction ».

395 CHEVALLIER Jacques et Lochak Danièle, *Science administrative, Tome II – L'administration comme organisation et système d'action*, LGDJ, 1978, p. 180: « Sans doute, l'existence de dispositifs d'information et de régulation n'est-elle pas propre aux systèmes ouverts; aucun être vivant ne saurait se passer de tels dispositifs qui touchent à leur essence même ; toutes les organisations sociales comportent donc un circuit information/correction, qui leur permet de s'adapter aux changements du milieu et de rectifier leurs erreurs » et p. 181: « L'information est à la base du système ouvert: elle conditionne sa capacité d'action, détermine ses possibilités de régulation. L'organisation ne peut agir que si elle est tenue, régulièrement et exactement, informée de l'évolution de l'environnement et de l'effet des décisions prises: cette information lui permet de corriger ses erreurs, d'adapter ses moyens, d'infléchir ses objectifs en fonction des difficultés rencontrées et des réactions du milieu. L'organisation est d'autant plus efficace que la quantité et la qualité de son information augmente: irriguée par un flux continu d'informations, elle peut adapter son action aux contraintes extérieures et opérer à temps les corrections appropriées.

L'organisation ouverte est innervée par de multiples réseaux spécialisés, en prise directe sur l'environnement, qui recueillent l'information puis la diffusent dans l'organisation » .

396 CHEVALLIER Jacques et Lochak Danièle, *op. cit.*, p. 570: « Le principe d'ouverture conduit l'administration à développer et à diversifier ses relais informationnels périphériques: elle ne fuit plus les contacts avec l'environnement mais cherche au contraire à les intensifier en multipliant les points d'ancrage sur le corps social ».

fonction par analogie avec le corps humain, comme un principe d'impulsion et de coordination<sup>397</sup>. Ces fonctions d'impulsion et de coordination interne sont complétées par celle de l'adaptation de l'organisation interne à son environnement externe<sup>398</sup>. Il achève de distinguer cette fonction des autres exercées dans toute entreprise en établissant le caractère très spécifique de ses rouages et de sa matière première: des personnes physiques et de l'information<sup>399</sup>.

Le principe de libre administration désigne la faculté pour l'institution d'adapter ses moyens à ses fins. Elle implique celle d'utiliser des moyens humains, financiers et matériels pour l'accomplissement de son idée d'œuvre. Au titre de ces moyens matériels, se trouve l'informatique. En soi, cet aspect particulier de l'informatique qu'est l'ordinateur ne constitue que l'amélioration et non le point de départ du procédé du traitement rationnel de l'information.

Or, la pertinence du traitement de cette information conditionnant l'équilibre interne de l'institution, la rationalisation de cette fonction apparaît comme une condition de la survie même de toute institution. L'histoire des fichiers établis par la puissance publique en France en atteste : ces derniers n'apparaissent de manière systématique qu'au moment où l'État développe un savoir sur ses moyens dans le but d'accroître sa puissance sur ses rivaux. L'existence de tout phénomène institutionnel implique donc, d'un point de vue théorique et historique, l'existence d'un traitement rationnel de l'information personnelle.

397 FAYOL Henri, *Administration industrielle et générale*, Dunod, Paris, 1918, rééd. Dunod, Paris, 1999, p. 128: « Comme le service administratif d'une société industrielle, le système nerveux de l'homme n'est pas visible à l'observateur superficiel ; ses actes ne tombent pas directement sous les sens, et cependant, les muscles, bien qu'ils possèdent une énergie propre, cessent de se contracter si le système nerveux cesse d'agir. (...). Dans tous les organes et dans toutes les parties de chaque organe, le système nerveux est présent et actif ».

398 FAYOL Henri, *op. cit.*, p. 128: « Ses fonctions sont multiples: C'est lui qui prévoit les conditions financières, commerciales, techniques, etc., au milieu desquelles doit naître et vivre l'entreprise. Il préside à l'organisation, au recrutement et au fonctionnement du personnel. Il est l'instrument de relations de toutes les parties de l'entreprise entre elles et des relations de toutes les parties de l'entreprise entre elles et des relations de l'entreprise avec le monde extérieur ».

399 FAYOL Henri, *op. cit.*, p. 23: « La fonction administrative n'a pour organe et pour instrument que le corps social. Tandis que les autres fonctions mettent en jeu la matière et les machines, la fonction administrative n'agit que sur le personnel ».

## Section 2 – Un principe traduit en droit positif

En droit interne, cette liberté est difficile *a priori* à identifier car elle ne se présente pas comme telle. Elle apparaît comme un pouvoir dont la mise en œuvre est nécessaire pour la pérennité de toute institution publique ou privée (§1). *A contrario*, en droit international, cette notion connaît une amorce de consécration explicite (§2).

### §1 - Une notion implicite en droit interne

La liberté de traiter des données personnelles constitue un prolongement direct de la liberté de gestion d'une organisation, qu'elle soit publique ou privée. Elle se manifeste comme un pouvoir, ce qui rend son identification en tant que liberté difficile<sup>400</sup>. En effet, *in abstracto* et du point de vue de son titulaire, la liberté de traitement s'analyse comme une faculté libre. Mais lorsque qu'elle est envisagée *in concreto* et du point de vue de son destinataire, ses manifestations prennent la forme d'un pouvoir.

Le pouvoir se définit comme un « droit de faire prévaloir sa décision, de trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise »<sup>401</sup>. Cette prérogative juridique se distingue d'un droit subjectif car, alors que ce dernier « se définit comme la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »<sup>402</sup>. Cette possibilité d'empiéter sur l'autonomie de la volonté d'autrui est donc conditionnée à sa subordination à la réalisation d'un intérêt supérieur. Ce dernier peut alors être revendiqué dans l'intérêt du décisionnaire<sup>403</sup> mais également au nom de la personne qui subit ce pouvoir<sup>404</sup>. L'exercice de ce pouvoir se traduit par la possibilité pour son titulaire de prendre une norme ayant valeur contraignante pour autrui<sup>405</sup>.

La prise en considération de la liberté d'administration à la fois comme une liberté et comme un pouvoir n'est pas contradictoire dans la mesure où le pouvoir caractérise l'exercice d'une liberté relationnelle, impliquant nécessairement le contact avec autrui pour s'exercer concrètement. En

400 Sur cette question de la difficulté d'identifier une liberté « innommée », voir *infra*, titre 2, chapitre 1.

401 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, pp. 138-139: « Si l'on devait définir d'un mot la prérogative qu'emporte tout pouvoir, c'est le terme de décision qui viendrait aussitôt à l'esprit. Le titulaire du pouvoir est en effet investi du droit de faire prévaloir sa décision, de trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise(...). (...). Le pouvoir confère également le droit de décider mais, à la différence du titulaire du droit subjectif qui décide pour lui même, le titulaire du pouvoir est celui qui décide pour autrui. Pour reprendre une formule savante mais qui rend très exactement compte de l'idée, le droit subjectif est autonomie, le pouvoir, hétéronomie ».

402 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 21.

403 Par exemple le dirigeant d'entreprise, exerçant son pouvoir dans l'intérêt - partiellement distinct du sien - de la bonne marche de l'entreprise.

404 Par exemple le parent, exerçant son pouvoir d'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant.

405 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 140: « on entend simplement signifier, en indiquant que le titulaire du pouvoir est investi du droit d'édicter une norme, que la décision qu'il sera susceptible de prendre aura une valeur contraignante pour son « destinataire ». En d'autres termes, le pouvoir permet à son titulaire de modifier l'ordonnement juridique, d'empiéter sur la sphère d'autonomie d'autrui ».

effet, l'attribution d'un pouvoir apparaît comme la conséquence logique du bénéfice de certaines libertés. Ainsi, la liberté d'entreprendre n'aurait que peu, voire pas d'effectivité si elle n'impliquait pas pour son titulaire de pouvoir de direction et de gestion d'entreprise. Il en va de même pour la liberté d'expression, qui comporte un pouvoir de révéler publiquement certaines informations y compris privées. Enfin, la liberté de mariage investit d'un pouvoir à l'égard des enfants au nom de l'entité créée.

Ainsi, l'exercice concret de certaines libertés implique pour son titulaire la jouissance effective d'un pouvoir. Réciproquement, l'existence d'un tel pouvoir *a priori* isolé de l'exercice apparent de toute liberté considérée comme telle peut constituer l'indice d'une liberté innommée. Tel est le cas du pouvoir de traiter des données personnelles, dont l'exercice ne constitue que la manifestation concrète de la liberté correspondante. À l'instar du poignard de l'assassin, la liberté constitue le manche pour son malhonnête bénéficiaire et le pouvoir la lame pour son infortuné destinataire. La dénomination distincte de ces deux parties ne vient que de la différence de point de vue adopté, alors que l'objet observé est unique. Cette unicité se confirme dans la pratique: ces deux facettes apparaissent indissociables et aboutissent à faire concrètement de la liberté de traiter des données personnelles un pouvoir prolongeant la liberté d'administration tant des personnes publiques (A) que des personnes privées (B).

### *A/ Une liberté d'administration des personnes publiques*

Il est possible de distinguer deux formes de liberté dont sont susceptibles de jouir les personnes publiques. La première est leur liberté en tant qu'auteur d'un comportement commun aux personnes privées. Dans ce cas, les personnes publiques qui s'y adonnent exercent une activité publique réglementée qui parfois consiste également en une liberté publique. La seconde est leur liberté en tant qu'institution, c'est à dire leur liberté de gestion et d'administration consubstantielle à la notion d'institution. Cette liberté se traduit en droit public par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire et du régime des mesures d'ordre intérieur. Dans le cadre du premier type de liberté, l'administration agissant comme une personne de droit privé se voit soumise au principe de légalité. Dans la seconde hypothèse, un allègement de la soumission, notamment préalable, de ces actes au principe de légalité est nécessaire dans le but d'assurer l'efficacité de l'action institutionnelle. Les professeurs Rivero et Waline l'exposent d'ailleurs ainsi : « Si les exigences de la légalité s'étendaient à tous les éléments de l'action administrative, celle-ci serait purement passive ; le rôle de l'administration se réduirait à l'élaboration mécanique des actes particuliers à celle imposés par la règle générale ; toute liberté d'appréciation, toute initiative, lui seraient interdites. Dans la réalité, il n'en est pas ainsi ; la soumission de l'administration au droit laisse subsister à son profit une zone de liberté ; c'est le pouvoir discrétionnaire »<sup>406</sup>. Cette zone de liberté n'est pas antinomique du principe de légalité dans la mesure où elle n'apparaît que dans les espaces ignorées par ce dernier<sup>407</sup>.

406 RIVERO Jean et WALINE Jean, *Droit administratif*, 17<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1998, p. 88.

407 RIVERO Jean et WALINE Jean, *op. cit.*, p. 90 : « l'existence du pouvoir discrétionnaire n'est pas en contradiction avec le principe de légalité. Il se définit, par rapport aux exigences de la légalité, de façon résiduelle : il commence là où elles s'arrêtent. Lorsque l'administration agit discrétionnairement, elle n'agit pas contre la légalité, puisque, par définition, sa liberté résulte de ce que la légalité, sur ce point, de lui impose rien. La mesure du pouvoir discrétionnaire est donc, pour chaque acte, inversement proportionnelle aux exigences de la légalité à l'égard de cet acte ». C'est au final ce que met en évidence le professeur Pascal Combeau dans sa thèse (COMBEAU Pascal, *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, thèse, Bordeaux IV, 2000), quand il distingue le principe de légalité comme cadre régissant l'ordre

C'est cette deuxième liberté, que l'on peut appeler liberté d'administration, qui sert de premier fondement à la liberté de traitement des données personnelles en ce qu'elle découle de l'existence même d'une institution (1). Ce n'est que récemment que ce fondement, institutionnel, s'est trouvé systématisé dans le cadre des lois encadrant l'action publique (2).

### 1) Une liberté fondée sur une exigence institutionnelle

L'idée même d'une liberté d'administration dont bénéficieraient les personnes publiques ne fait l'objet en droit positif d'aucune consécration en tant que telle. Elle s'exprime pourtant au sein d'expressions approchantes ou impliquant pour les personnes publiques une certaine liberté de gestion (a). Son existence implique la banalité historique du procédé de traitement rationnel de l'information. Cette banalité pour la gestion de la chose publique a fait l'objet d'une appréhension de la part de la doctrine mais aussi et surtout dans la jurisprudence du Conseil d'État relative aux mesures d'ordre intérieur (b). Les manifestations contemporaines de la liberté d'administration publique dans le cadre des dernières vagues de réforme de l'État ne font qu'accentuer la nécessaire liberté par principe pour les personnes publiques de traiter des données personnelles (c).

a) L'identification des formes prises par la liberté d'administration : la notion de pouvoir discrétionnaire

Deux méthodes sont envisageables pour essayer de cerner en droit cette notion.

La première consiste à partir d'une notion déjà existante, à la formulation similaire. Dans cette hypothèse, le sens de la notion de libre administration pourrait être recherché à travers une interrogation sur le principe consacré de libre administration des collectivités territoriales. Cette démarche présente un intérêt dans la mesure où elle permet de se faire une première idée de ce que pourrait être la notion. Mais elle pêche pour deux raisons.

La première est qu'elle ne donne pas de contenu précis à la notion de liberté de gestion et, qu'au surplus, cette liberté d'administration ne se réduit pas forcément à une liberté de pure gestion mais implique également une liberté de gouvernement<sup>408</sup>. La seconde est que cette démarche aboutirait à restreindre les bénéficiaires de la libre administration aux seules personnes publiques, alors qu'elle se trouve impliquée par toute institution, publique ou privée.

Ces réserves faites, la raison d'être de cette liberté de gestion est habituellement envisagée sous deux aspects. Elle peut être conçue comme « une véritable « liberté » » ou plutôt comme « un principe d'organisation de l'État duquel découlerait certains droits ou libertés »<sup>409</sup>. De manière complémentaire, il est également possible de considérer qu'elle poursuit un intérêt de bonne gestion administrative, ayant alors pour objet une adaptation plus fine des moyens d'administrations aux fins d'intérêt général, comme le suggère l'alinéa 2 de l'article 72 de la

extérieure de l'administration, et l'intérêt du service l'ordre intérieur.

408 Cette dualité du contenu du principe de libre administration des collectivités se retrouve d'ailleurs dans l'ajout à l'article 72 de la constitution de 1958, à l'occasion de la révision du 28 mars 2003, des articles 72-1 et 72-2, respectivement relatifs à la démocratie locale et à l'autonomie financière des collectivités. Sur la nécessaire dualité du principe de libre administration des collectivités territoriales, voir par ailleurs FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2011, pp. 26-27.

409 FAVOREU Louis, ROUX André, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002, p. 89.

Constitution de 1958<sup>410</sup>. Cette liberté se manifeste par une administration effectuée par des conseils élus, par la mise à disposition d'un pouvoir réglementaire local ainsi que par la libre disposition des ressources dont ces collectivités disposent<sup>411</sup>.

Elle est finalisée dans la mesure où elle est bornée par le législateur et enserrée dans un domaine de compétences. Elle est résiduelle dans la mesure où elle trouve sa raison d'être dans le principe de subsidiarité. Ainsi, de par la Constitution, ces collectivités ne sont libres dans leur gestion qu'en vue d'une prise de décision plus pertinente que n'aurait pu le faire une administration centrale. Cette subsidiarité se manifeste dans l'exercice du pouvoir réglementaire local. Ce dernier, lorsqu'il ne fait pas l'objet d'une habilitation législative, ne peut légalement intervenir qu'en cas de carence de l'intervention du pouvoir réglementaire national.

Mais, même finalisée et résiduelle, la libre administration des collectivités territoriales ne constitue pas moins une liberté. En tant que telle, elle est protégée par le juge constitutionnel contre le législateur en tant que liberté constitutionnelle et par les juridictions administratives en tant que liberté fondamentale au sens de l'article L. 512-2 du Code de justice administrative à l'encontre du pouvoir exécutif ou d'autres personnes publiques<sup>412</sup>.

Son contenu, disparate, permet de considérer la libre-administration « comme la liberté pour des collectivités de gérer leurs propres affaires ». Cette liberté de gestion « englobe plusieurs composantes, telle une liberté-gigogne: liberté de gestion du personnel territorial, liberté contractuelle, liberté de prendre des actes directement exécutoires, liberté d'organisation et de fonctionnement des organes des collectivités, liberté de percevoir des impôts et liberté de dépenser, etc »<sup>413</sup>. Ce caractère trop disparate disqualifie cette première méthode pour identifier précisément l'existence d'un principe de libre administration des personnes publiques, même s'il donne une première direction à cette recherche.

La seconde, plus fructueuse, consiste à définir chacun des deux termes composant la liberté d'administration afin d'en déduire une première définition. Ce principe se décompose en une action, l'administration, et en une modalité particulière d'exercice de cette action, la liberté. Le terme d'administration renvoie à un processus indifférencié, non réductible à la seule administration publique. Elle se conçoit alors, au sens d'Henri Fayol, comme un processus rationnel d'organisation. Le qualificatif de libre dans l'expression de « libre administration » évoque l'idée d'une faculté discrétionnaire de gestion et d'organisation. La réunion de ces deux termes semble à première vue contradictoire, si l'on n'envisage que la seule liberté d'administration des personnes publiques. En effet, à première vue, cette expression laisse suggérer que ces personnes publiques jouiraient d'une liberté analogue à celle dont bénéficient les personnes physiques. Poussée dans ses derniers retranchements, une telle analogie pourrait conduire à imaginer que les personnes publiques puissent jouir de droits et de libertés fondamentales. Et une telle analogie trouverait dans le droit positif interne un écho favorable dans la mesure où les personnes publiques jouissent

410 Constitution du 4 octobre 1958, article 72, al. 2 : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ».

411 Constitution du 4 octobre 1958, article 72, al. 3 : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences » et article 72-2, al. 1 : « Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi ».

412 CE sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, Rec. Leb. p. 18.

413 FAVOREU Louis, ROUX André, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002, p. 92. Pour un recensement précis de ce contenu, voir BOURJOL Maurice, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Fasc. 23: Statut constitutionnel - Exercice de la libre administration, JurisClasseur Collectivités territoriales.

bel et bien de droits et de libertés fondamentales<sup>414</sup>. Toutefois, une telle jouissance est limitée et subordonnée au seul accomplissement des missions dont sont investies les personnes publiques. Elle est donc conditionnée par le principe de spécialité<sup>415</sup>. Les droits et libertés fondamentales dont elles sont titulaires ne trouvent alors de justification que dans leur caractéristique de personne morale<sup>416</sup>, et de limitation que dans la nécessité de mener à bien leurs missions. Ainsi, s'il existe des libertés au profit des personnes publiques, elles ne peuvent être que doublement limitées: par leur nature de personne morale d'une part, par leur finalité prédéterminée d'autre part. Dans ces conditions, s'il existe un principe de libre-administration, la liberté en cause vise celle de s'organiser rationnellement et se trouve limitée par la nature et la mission des personnes publiques. La liberté d'administration apparaît alors comme une liberté de moyens et non de fins.

Or, cette idée de liberté justifiée et limitée par un objectif externe trouve dans le droit positif un écho très net avec la notion de pouvoir discrétionnaire. En effet, ce dernier constitue pour les personnes publiques un îlot rare de liberté<sup>417</sup>, au sein d'un droit administratif qui en semble singulièrement dénué<sup>418</sup>. Léon Michoud en a donné la définition la plus synthétique: « Il y a

- 414 Ainsi, la souveraineté originelle de l'État se caractérise avant tout comme une liberté d'autodétermination. La définition de la souveraineté et de ses implications appelle d'ailleurs souvent un tel qualificatif dans les manuels de droit international public: voir par exemple COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2008, p. 254 et ss, sp. p. 259 où est évoquée la « liberté légale du souverain ». Une telle qualification se fonde sur une conception du droit international apparue avant la première guerre mondiale. Pour une vision synthétique, voir DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1927, p. 715. L'auteur résume ainsi cette théorie: « Les jurisconsultes français avaient tenté de fonder le droit international sur une conception sensiblement pareille à la conception individualiste, sur laquelle on persistait à fonder le droit interne. Tous les États, disait-on, sont des personnes égales et souveraines, comme tous les hommes sont des individus égaux et autonomes. Tous les États peuvent exercer librement leur activité souveraine à l'intérieur et à l'extérieur. Ils peuvent librement développer leur être en tant qu'États ». Il rappelle que dans cette conception, « la doctrine française fondait ainsi le droit public international sur les droits fondamentaux des États souverains comme elle fondait le droit public interne sur les droits intangibles des individus » (p. 717).
- 415 CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2001. Illustrant ces deux aspects de la subordination et de la limitation, cet auteur rappelle que « ce principe gouverne l'activité de toute personne morale, publique ou privée (...) » (p. 377). Considéré dans son rapport aux institutions exerçant une activité administrative, il apparaît « comme un principe d'ordre, strictement conçu et destiné à assurer le respect de la répartition des attributions. L'institution spécialisée doit s'en tenir à l'exercice de la mission ou des missions connexes qui lui ont été attribuées » (p. 378). Considéré dans son rapport avec les entreprises publiques, « il remplit une fonction tout à la fois nécessaire et différente de celle qui est la sienne en matière administrative : il fait obstacle à ce que les entreprises publiques s'engagent dans des activités sans rapport avec leur raison d'être » (p. 380).
- 416 ETOA Samuel, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »: analyse des discours juridiques français*, thèse, Caen, 2010, p. 201: « les personnes morales de droit privé, mais également les personnes morales de droit public sont désormais susceptibles de revendiquer des droits fondamentaux, la jouissance de ces derniers étant intriquée à la personnalité juridique et non plus à l'humanité du titulaire ». De manière générale, sur la question, voir MAETZ Olivier, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Fondation Varenne, Collection des thèses, Volume 51, 2011.
- 417 VEDEL George, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse, Sirey, 1934, p. 314, à propos du droit administratif en général: « Ce droit ignore le principe d'autonomie de la volonté... Ceci est dit sous réserve précisément de ce qui en droit public correspond à l'autonomie de la volonté en droit privé: le pouvoir discrétionnaire ».
- 418 RIVERO Jean, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *RDP*, 1953, p. 287: « Si l'administration, en effet, dans le rapport de droit administratif, apparaît le plus souvent, soit comme dotée d'un pouvoir supérieur à celui des particuliers dans leurs relations, soit comme protégées vis-à-vis d'eux avec une particulière énergie, il n'en est pas moins vrai que, avec toute une autre série de règles, l'administration apparaît, tout à l'opposé, infiniment moins libre, dans l'exercice de sa volonté, que les particuliers. La règle de droit administratif attache

pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit »<sup>419</sup>. Cette définition doit toutefois être complétée, en ce que la liberté accordée à une personne publique dans le cadre du pouvoir discrétionnaire se trouve limitée à deux égards. Cette liberté peut ainsi être qualifiée de résiduelle et de finalisée. Elle est résiduelle dans la mesure où elle n'existe qu'à défaut de l'existence d'une norme<sup>420</sup>. La faculté d'agir et d'apprécier mise en œuvre par les personnes publiques dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire n'a donc pas pour fondement une liberté originelle<sup>421</sup> mais l'indétermination de la réglementation juridique<sup>422</sup>. Elle est finalisée en ce sens qu'elle ne s'analyse pas comme la dévolution d'un libre-arbitre aux personnes publiques mais seulement comme d'une liberté de moyens assignée à une finalité d'intérêt général prédéterminée<sup>423</sup>. Elle est donc doublement limitée<sup>424</sup>.

La définition du pouvoir discrétionnaire serait toutefois incomplète si seul cet élément matériel – la jouissance d'une marge limitée de liberté par une personne publique – était pris en compte. En effet, la notion doit se définir à la fois du point de vue de son titulaire, comme l'exercice d'une liberté, mais également du point de vue de son destinataire. Cet élément relationnel de la notion de pouvoir discrétionnaire se traduit par l'exercice libre d'un pouvoir. Cette notion renvoie à l'idée d'une liberté finalisée impliquant la jouissance de prérogatives<sup>425</sup>. En effet, en droit privé, un pouvoir se définit comme la réunion de deux éléments: une liberté limitée<sup>426</sup> et le pouvoir

souvent, à cette volonté, des effets beaucoup plus puissants qu'à celle du particulier, et c'est la puissance publique qui joue alors ; mais parfois, à l'inverse, elle l'enserme dans des limites ignorées des particuliers ; ce n'est plus l'administration impérieuse, c'est l'administration ligotée ; c'est, à côté de la puissance publique, la servitude publique ».

419 MICHOUÉ Léon, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Rev. Gen. Adm.*, septembre 1914, p. 5.

420 HAURIOU André, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 237: « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration apparaît donc, de ce point de vue, comme cette part de l'initiative et de l'indépendance juridiques de l'Administration, qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant, en droit public, du principe d'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des États sur le plan du droit international ».

421 A l'instar de la notion de souveraineté en droit constitutionnel et en droit international public.

422 RIVERO Jean, « Préface », in VENEZIA Jean-Claude, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome XVII, 1958, p. III.

423 HAURIOU André, *op. cit.*, p. 239.

424 RIVERO Jean, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *RDP*, 1953, p. 288: « le pouvoir discrétionnaire, là même où il demeure entier, n'est pas assimilable à la liberté du particulier; il autorise l'agent public à résoudre dans le sens qu'il juge le meilleur -action ou abstention, choix des moyens – les questions qui entrent dans sa compétence ; il ne l'autorise pas à ne pas se poser ces questions, à les traiter par prétérition, ce qui est, précisément, le droit strict du particulier dans le champ de sa capacité. La liberté de l'administration, comparée à celle du particulier, connaît une autre limitation et c'est celle qui découle des buts imposés à sa volonté » ; BOCKEL Alain, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 356: « le concept peut être suffisamment cerné en lui-même par les deux propositions suivantes: a) le pouvoir discrétionnaire existe lorsque le droit ne dicte pas à l'autorité administrative le parti à prendre, ne lui impose pas sa conduite: c'est donc que la réglementation de l'exercice de la compétence en cause comporte une part d'indétermination; b) le pouvoir discrétionnaire consiste en une liberté de choix accordée à l'autorité dans l'exercice de sa compétence: il revient à cette autorité de se livrer à une appréciation des données de l'espèce afin de se déterminer et de prendre le parti qu'elle estime le plus opportun ».

425 Voir *supra*.

426 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 60. L'auteur illustre ainsi la distinction entre la liberté consubstantielle à l'exercice d'un droit subjectif et elle plus limitée incluse dans la notion de pouvoir: « la véritable distinction pass[e] entre les prérogatives libres, abandonnées au libre arbitre de leur titulaire, et les prérogatives finalisées, orientées vers un but qui impose une certaine ligne de conduite à leur titulaire ».

d'imposer sa décision à l'égard d'autrui<sup>427</sup>.

La notion de pouvoir discrétionnaire renvoie donc à l'idée d'une liberté limitée et finalisée. Elle permet de donner un contenu juridique à l'expression de libre-administration. Elle se prolonge dans la notion de bonne administration<sup>428</sup>, qui se définit comme « l'adaptation équilibrée des moyens de l'administration publique »<sup>429</sup>. Cette liberté d'administration implique d'autant plus une liberté par principe de traitement des données personnelles que les personnes morales exerçant une activité d'intérêt général sont soumises au principe de bonne administration, impliquant une adaptation optimale des moyens aux fins. A cet égard, l'informatique ne constitue qu'un moyen permettant une meilleure adéquation aux fins.

Le droit positif interne traduit cet état de fait en considérant, avant l'adoption de la loi du 6 janvier 1978, les traitements rationnels d'informations nominatives comme des mesures d'ordre intérieur. Cette consécration ne constitue qu'une manifestation juridique du principe de libre administration consubstantiel à toute organisation.

b) Les implications de la notion de liberté d'administration : le traitement de données personnelles est une mesure d'ordre intérieur

Si la liberté d'administration existe, sous des appellations différentes, en droit interne, elle implique logiquement l'existence d'une liberté de traiter l'information relative à une personne identifiée. Ce lien logique a été théorisé de deux façons: au delà de sa dimension factuel d'acte matériel au service d'une finalité administrative<sup>430</sup>, le traitement de données personnelles a pu être considéré en droit public comme un « impôt informationnel »<sup>431</sup>, mais il constitue en réalité une simple mesure d'ordre intérieur.

Pour aborder la première hypothèse, il est nécessaire de partir de l'expression de Maurice Hauriou au terme de laquelle « la gestion publique des services est à base de *réquisition consentie* »<sup>432</sup>. Cet auteur en donne l'exemple du « recrutement des hommes dont l'administration publique a besoin », du « recrutement des choses, par l'expropriation des terrains ou par les réquisitions militaires » mais également par le régime des travaux publics ainsi que des marchés de fourniture<sup>433</sup>. Il en va de même pour les données personnelles, qui ne constituent, à l'instar des éléments évoqués, que le moyen nécessaire à une opération de gestion publique. Cette hypothèse est confirmée par le fait que ces informations ne constituent pas en tant que telle une catégorie distincte au sein des différents types d'information formellement publique, tels que recensés par la

427 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 138: « Si l'on devait définir d'un mot la prérogative qu'emporte tout pouvoir, c'est le terme de décision qui viendrait aussitôt à l'esprit. Le titulaire du pouvoir est en effet investi du droit de faire prévaloir sa décision, de trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise ».

428 BOUSTA Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, thèse, L'Harmattan, 2010, p. 189: « Le pouvoir discrétionnaire permet à l'administration d'accomplir ses objectifs avec une certaine marge de manœuvre. Or, la notion de bonne administration désigne l'usage optimal des moyens de l'administration. Le pouvoir discrétionnaire et la notion de bonne administration sont donc intrinsèquement liés ».

429 BOUSTA Rhita, *op. cit.*, p. 169.

430 PICARD Étienne, *La notion de police administrative, précit.*, p. 775.

431 BRUGUIÈRE Jean-Michel, *op. cit.*, p. 65.

432 HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>ème</sup> édition, rééd., Dalloz, 2002, p. 727.

433 HAURIOU Maurice, *op. cit.*, p. 728.

Commission de la Coordination de la Documentation Administrative<sup>434</sup>. Au sein de cette typologie, il est toutefois possible de discerner une catégorie d'informations administratives présentant la plus forte concentration de traitements d'informations personnelles: la catégorie de l'information « constituée à des fins de gestion et d'orientation »<sup>435</sup>. Dans l'esprit de la Commission, cette catégorie renvoie ainsi à titre d'exemple aux répertoires du type SIRENE ou aux fichiers relatifs aux permis de conduire. Cette catégorie d'information s'insère elle-même dans une catégorie binaire plus large établie par le professeur Jean-Michel Bruguière.

Ce dernier applique en matière d'information administrative une distinction dégagée par Léon Duguit en matière de domanialité selon que l'affectation d'une chose à un service public en constitue soit le moyen, soit l'objet<sup>436</sup>. D'après cette distinction, l'information comme moyen du service public peut se définir comme « l'ensemble des informations collectées et/ou traitées et dans une très faible mesure diffusées par un service public afin de lui permettre d'accomplir des missions dont l'objet statutaire n'est pas précisément la mise à disposition directe d'informations »<sup>437</sup>. Le professeur Jean-Michel Bruguière distingue au sein de cette catégorie deux sous-ensembles: l'ensemble des informations « attachées à l'accomplissement des opérations tant matérielles qu'intellectuelles qu'exige la satisfaction des missions dont le service public est investi », c'est à dire des informations relatives à la gestion du service et à l'information de l'utilisateur, et l'ensemble des informations « liées aux décisions que suscite l'accomplissement des opérations » de service public, soit des informations relatives à la décision administrative<sup>438</sup>.

Les traitements de données personnelles tout aussi bien que leur collecte ou leur communication à d'autres personnes publiques ressortent ainsi *a priori* de cette catégorie d'information entendue comme moyen nécessaire de l'accomplissement par la personne publique de ses missions. Cela explique qu'avant l'adoption de la loi du 6 janvier 1978, l'« informatisation était considérée comme une pure affaire d'intendance relevant de la compétence de techniciens »<sup>439</sup>.

Cette conception théorique des traitements de données personnelles comme d'un impôt informationnel n'est pas celle retenue par la jurisprudence. En effet, cette liberté par principe des personnes publiques dans l'usage de moyens rationnels de traitement de l'information est consacrée avant l'adoption de la loi du 6 janvier 1978 par la jurisprudence du Conseil d'État en matière de fichiers. Cette juridiction considère de longue date que ces derniers constituent des

434 D'autres catégorisations existent, mais celle retenue par la Commission présente le mérite de considérer les informations en fonction de leur usage par les personnes publiques et non sur d'autres critères. Pour une catégorisation alternative, reposant sur le critère de la commercialité ou non de l'information publique, voir MAISL Herbert, *La commercialisation des données administratives*, AJDA, 1988, pp. 637-642.

435 Commission de la Coordination de la Documentation Administrative, *Administration et Documentation, D'une commission à l'autre, sixième rapport au Premier Ministre*, La Documentation française, 1985, p. 23 et s. S'y trouvent distinguées cinq grandes catégories d'informations publiques comprenant, outre celle précitée, la catégorie de l'information juridique regroupant les « documents normatifs et de référence », celle de l'information dite « médiatisée à destination du public ou de l'administration elle-même » qui concerne notamment la mise à disposition d'informations pratiques comme celles portant sur les démarches administratives, celle de l'information dite « non normative » regroupant l'ensemble de la documentation produite par l'administration mais détenue dans un souci de mémoire comme les bibliothèques ou les archives et, enfin, une catégorie regroupant les « autres documents » correspondant aux rapports, lettres et documents de travail établis par les agents administratifs dans le cadre de leurs fonctions.

436 DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 3, 2<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1923, p. 353.

437 BRUGUIÈRE Jean-Michel, *op. cit.*, p. 48.

438 BRUGUIÈRE Jean-Michel, *op. cit.*, pp. 48-49.

439 VITALIS André, « L'exercice d'un pouvoir de régulation informatique et libertés et ses difficultés », in PIATTI Marie-Christine (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, Presses universitaires de Lyon, 2001, p. 143.

mesures d'ordre intérieur, révélant ainsi une faculté libre de création et d'utilisation de fichiers à des fins d'intérêt général. Cette liberté se traduit par l'absence par principe de nécessité d'une habilitation de l'autorité administrative pour adopter un fichier, en vertu de la théorie des pouvoirs implicites.

La qualification des fichiers de mesures d'ordre intérieur par le juge administratif avant l'adoption de la loi du 6 janvier 1978 emporte implicitement mais nécessairement la reconnaissance « aux autorités administratives, et en particulier aux autorités de police, [du] droit d'établir des fichiers avec une grande liberté »<sup>440</sup>. La banalité des traitements d'informations nominatives avant la loi du 6 janvier 1978 est explicitement confirmée dans l'arrêt du Conseil d'État *Deberon* en 1976<sup>441</sup>. En effet, avant cette espèce, certains auteurs avaient mis en évidence l'existence d'une « liberté non contrôlée » à l'égard de la « création des fichiers manuels »<sup>442</sup>. Cette liberté, consacrée de longue date par le Conseil d'État<sup>443</sup>, se traduisait par la possibilité pour le pouvoir réglementaire d'adopter des fichiers sans habilitation législative.

Cette confirmation dans l'arrêt *Deberon* d'une telle faculté libre est importante dans la mesure où elle survient dans un contexte national de questionnement autour du statut de l'informatique, de ses avantages comme de ses dangers. Dans un tel contexte, qui devait aboutir à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978, cette décision est emblématique car elle équivaut pour le Conseil d'État à reconnaître un « droit pour les administrations de rassembler les données qui correspondent à leur mission », en considérant que « toutes ces informations recueillies constituent des instruments indispensables à l'exercice de la mission, dès lors, comme le note la Haute Assemblée, qu'elles sont « utiles ». Ce pouvoir de production des données a pendant longtemps découlé, le plus souvent implicitement, de la mission donnée à l'administration, un fichier s'analysant alors comme « l'instrument d'une mission »<sup>444</sup>.

Dès lors qu'il est nécessaire à la réalisation d'une mission de service public au sein d'une administration et n'entraîne pas en soi de conséquence juridique pour la personne fichée<sup>445</sup>, un

440 ROUX André, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, thèse, Economica, 1983, p. 83

441 CE 13 février 1976, *Deberon*, n° 97197, Rec. p. 100.

442 ROUX André, *op. cit.*, p. 83.

443 Pour des fichiers de la police des mœurs, voir CE 29 novembre 1907, *Comte*, Rec. p. 874; CE 16 décembre 1921, *Pommier*, Rec. p. 1060 ; CE 24 mars 1933, *Roudet*, Rec. p. 335. Pour un fichier de syndicats professionnels, voir CE 25 mai 1955, *Syndicat national des inventeurs*, Rec. p. 771.

444 MAISL Herbert, *Le droit des données publiques*, LGDJ, 1996, p. 44. Il est rejoint en cela par Bernard CHENOT qui, dans la première page de sa préface à l'ouvrage de GALLOUEDEC GENUYS Françoise, MAISL Herbert, *Le secret des fichiers*, Éditions CUJAS, IFSA, cahier n° 13, 1976, justifie une telle considération par la nécessité pour les personnes publiques de disposer de moyens leur permettant de mener à bien leurs missions: « Le fichier exprime une nécessité sociale. Dans sa jurisprudence la plus récente, pourtant imprégnée de libéralisme, le Conseil d'État vient d'affirmer que les autorités de police avaient non seulement le droit mais encore le devoir de tenir des fichiers. Dans une société aux activités de plus en plus diversifiées, ceux-ci forment le support de toute action économique ou sociale. Ils sont l'instrument de travail de ce temps ». Voir également RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1977, pp. 63-64, qui retient comme intérêt de cet arrêt *Deberon* le constat que « les administrations (...) sont fondées à réunir dans un fichier toutes les informations utiles à l'exercice de leur mission ».

445 Le Conseil d'État avait déjà jugé implicitement que l'inscription de prostituées sur des registres spéciaux ne constituait une décision faisant grief que dans la mesure où cette inscription entraînait pour les intéressées l'obligation de se soumettre à un contrôle médical périodique: CE 29 novembre 1907, *Comte*, Rec. p. 874; CE 16 décembre 1921, *Pommier*, Rec. p. 1060. Pour des applications plus contemporaines, voir CE, 11 janvier 1985, n° 43712, *Camus* et CE, 30 novembre 2009, n° 318589, *Kehli*.

La seule condition à une telle qualification est que l'emploi de moyens informatiques ne se substitue pas à la

traitement de données personnelles ne constitue qu'un acte de gestion au bénéfice de cette fin, intégrant ainsi la catégorie des mesures d'ordre intérieur au sens large. *A contrario*, la divulgation d'informations personnelles à des agents publics non nécessaires à l'accomplissement de cette tâche ôte à ce fichier sa qualification de mesure d'ordre intérieur et rend, de ce fait, l'administré fiché recevable à en contester l'exactitude ou même le principe<sup>446</sup>. Explicitement, il résulte d'une telle qualification l'application aux fichiers d'un régime d'immunité contentieuse ainsi qu'une absence de droit d'accès à ces informations par les personnes concernées<sup>447</sup>. Implicitement, il résulte de cette qualification la reconnaissance d'une liberté par principe des personnes publiques de traiter des données personnelles, se traduisant par l'absence de nécessité d'une habilitation du

prise de décision. Tel serait par exemple le cas si l'on utilisait un programme informatique chargé de la prendre directement. Voir à cet égard CHEVALLIER Jacques et Lochak Danièle, *op. cit.*, p. 571: « Si l'ordinateur a sa place aux différents stades du processus de décision, depuis la collecte de l'information jusqu'à l'explicitation des alternatives possibles, son rôle s'arrête au seuil de la décision. La responsabilité du choix incombant exclusivement au décideur dont les prérogatives demeurent en principe intactes ». Ce cantonnement des traitements de données personnelles dans le champ des mesures d'ordre intérieur, préparatoires d'une décision mais ne s'y substituant pas, est d'ailleurs explicitement posé par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dont l'article 10 énonce qu': « Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité.

Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité.

Ne sont pas regardées comme prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour lesquelles la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations, ni celles satisfaisant les demandes de la personne concernée ».

446 Tel était le cas dans cette affaire *Deberon*, dans laquelle le requérant connaissait avec son voisin une situation de franche hostilité qui s'était traduite par d'incessantes invectives et procédures judiciaires. Ces dernières se sont dans leur immense majorité soldées par le succès des prétentions de M. Deberon. Mais à l'insu de ce dernier, ses voisins réussirent tout de même à convaincre la préfecture de Police que M. Deberon présentait des épisodes d'aliénation et devait, à ce titre, figurer dans le fichier des aliénés. Cette inscription avait pour effet juridique de le soumettre périodiquement à des convocations pour des examens de sa santé mentale dans des dispensaires. L'affaire en serait restée à ce stade si un nouveau litige n'était survenu entre le requérant et ses voisins qui donna lieu à un nouveau procès en 1969. A cette occasion, la préfecture de Police transmit au Parquet de Paris une note précisant que M. Deberon était « en observation au fichier des aliénés pour psychose paranoïaque ». Cette note a été versée au dossier, si bien que son avocat a pu en prendre connaissance et l'informer de son inscription dans ce fichier. Dès lors, le requérant a demandé à la préfecture de Police sa radiation de ce fichier. A la suite du refus apporté par le Préfet, il saisit le tribunal administratif de Paris qui rejeta son recours et fit appel de cette décision devant le Conseil d'État. Devant cette juridiction, le problème essentiel soulevé par cette demande de radiation portait sur le fait de savoir si l'inscription de M. Deberon dans le fichier des aliénés devait être considérée ou non comme une mesure d'ordre intérieur. Dès lors, en vue de résoudre cette question, il importait de déterminer si cette inscription emportait en soi des conséquences juridiques pour l'intéressé. Cette inscription n'emportait pas en elle-même de mesures d'internement mais soumettait le requérant à une surveillance médicale se traduisant par des examens psychiatriques périodiques et à la communication éventuelle des renseignements le concernant aux différents services de la préfecture et à d'autres administrations. Le Conseil d'État en a déduit une divulgation abusive et reconnu le requérant recevable et fondé à obtenir le retrait de ces mentions dans ce fichier.

Pour une confirmation récente, voir CE 6 avril 2007, *Comité Harkis et Vérité*, n° 275270: « Considérant que le dispositif prévoyant non seulement le recensement des enfants de harkis à la recherche d'un emploi avec l'indication de leur niveau de qualification, mais aussi la mise de ce fichier à disposition de différentes administrations, organisé par les dispositions du 3.1 du III de la circulaire en cause, qui présentent un caractère impératif et divisible et ne constituent pas des mesures d'ordre intérieur, ne peut que constituer un traitement automatisé de données à caractère personnel qui entre dans le champ des dispositions précitées de la loi du 6 janvier 1978 ». En l'espèce, la communication d'un fichier hors de son administration d'origine empêche de la

pouvoir réglementaire pour créer ou utiliser de tels traitements<sup>448</sup>.

A notre connaissance, une telle hypothèse n'a été formulée que par le professeur Herbert Maisl pour qui, de manière implicite, le pouvoir de collecte de données et de création de traitements les concernant « peut trouver son fondement dans la fameuse jurisprudence *Jamart* qui autorise le ministre, comme tout chef de service, « à prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité »<sup>449</sup>. Cette hypothèse ne paraît avoir été confirmée qu'une seule fois en doctrine<sup>450</sup> mais trouve également une confirmation implicite dans la jurisprudence du Conseil d'État, postérieure à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978<sup>451</sup>.

Dans le cadre de cette hypothèse, la question de la compétence d'une personne publique à mettre en œuvre un traitement de données personnelles n'est pas posée explicitement dans la mesure où de tels traitements ne constituent que des moyens indistincts de l'administration. Dans cette conception, « le fichier n'est que l'instrument de la mission »<sup>452</sup>.

Pour autant, si cette hypothèse apparaît comme pertinente, son fondement implicite ne peut se limiter à la solution retenue dans l'arrêt *Jamart*<sup>453</sup>. En effet, au terme de cette décision, le pouvoir reconnu à tout chef de service s'avère fondé *in fine* « sur la nécessité d'un « fonctionnement régulier » des services publics et sur l'idée que toute autorité doit disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission »<sup>454</sup>. En soi donc, cet arrêt ne constitue qu'une illustration de la théorie des pouvoirs implicites, qui paraît plus apte à expliquer la banalité de la mise en œuvre de traitements d'informations nominatives avant l'adoption de la loi du 6 janvier 1978. En effet, d'un point de vue purement factuel, il paraît difficile de croire que tous les traitements de données personnelles mis en œuvre avant et après cette date ne concernent que l'organisation de services administratifs par un chef de service. Il paraît alors utile d'avoir recours à un concept plus large, tel que celui de l'exécution des lois. Cette notion est explicitée par le doyen Georges Vedel dans le cadre de sa théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. Ainsi, pour cet auteur, le contenu de cette notion a un sens « beaucoup plus vaste » que celui qu'on pourrait usuellement

considérer comme une simple mesure d'ordre intérieur.

447 RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1977, p. 64: « Les fichiers sont des documents d'ordre intérieur, ce qui entraîne deux conséquences: l'accès doit en être réservé aux seuls agents du service; les intéressés ne sont pas fondés à prendre connaissance des informations les concernant, ni à se pourvoir devant le juge contre leur inscription au fichier ».

448 ROUX André, *op. cit.*, p. 83: « En décidant que le fichier en question avait initialement un caractère de document d'ordre intérieur, le Conseil d'État admet implicitement qu'un tel fichier peut être créé par l'autorité administrative sans qu'un texte spécial l'y habilite ».

449 MAISL Herbert, *op. cit.*, p. 44.

450 MEYER Emmanuel, « Acte réglementaire autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel et formalité préalable auprès de la CNIL », *AJDA*, 23 novembre 2009, p. 2156 et p. 2158, et pour qui « la création du traitement automatisé de données à caractère personnel n'est rien d'autre qu'une mesure d'organisation du service ».

451 CE 5 juin 1987, *Kaberséli*, n° 59674: cet arrêt posait la question de la validité de fichiers créés par l'arrêté d'un secrétaire d'État alors qu'ils comportaient des données sensibles. La présence de données sensibles telles que la mention de la religion imposait en l'espèce une création des fichiers litigieux par le biais d'un autre acte réglementaire, pris selon une autre procédure. Implicitement cependant, le pouvoir de création de fichiers par arrêtés du secrétaire d'État agissant comme chef de service s'en trouve confirmée, la question n'étant même pas traitée par la haute juridiction administrative.

452 GALLOUEDEC GENUYS Françoise, MAISL Herbert, *Le secret des fichiers*, Éditions CUJAS, IFSA, cahier n° 13, 1976, p. 258.

453 CE 7 février 1936, *Jamart*, Rec. p. 172.

454 LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2011, p. 301.

lui prêter<sup>455</sup>, car il comporterait « une tâche plus générale qui est d'assurer le minimum des conditions nécessaires à la continuité de la vie nationale, c'est à dire le maintien de l'ordre public et la marche des services publics, et ceci indépendamment même de prescriptions formelles du législateur »<sup>456</sup>. Une telle conception trouve sa première illustration dans les arrêts *Labonne* et *Heyriès* et, à cet égard, l'arrêt *Jamart* n'en constitue qu'une illustration plus tardive.

Cette généralité permet de considérer qu'il ressort de la théorie des pouvoirs implicites que « la loi n'est pas le fondement, mais n'exerce qu'une fonction limitative des pouvoirs auxquels prétendent les institutions »<sup>457</sup>. Pour ainsi dire, la finalité de la tâche à accomplir habilite implicitement à l'exercice effectif d'un pouvoir, qui n'est reconnu et, le cas échéant limité ou amendé, que dans un second temps par le droit. Une telle conception est ainsi directement exprimée par le doyen Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Heyriès*: « D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi, - ce qui signifie: vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales »<sup>458</sup>. De manière plus imagée et sous l'angle de la science politique, Pierre Grémion et Haroun Jamous établissent le constat, convergent, selon lequel « généralement, un système d'information démarre et se crée dans une situation de quasi-illégitimité institutionnelle. Il est le plus souvent porté et imposé par une forte personnalité s'appuyant sur une structure organisationnelle souple et ce, hors des circuits hiérarchiques ou fonctionnels traditionnels ». Forçant encore davantage le trait, ces auteurs reconnaissent alors l'utilité de créer de tels « commandos » aptes à imposer cette solution avant toute réaction institutionnelle organisée<sup>459</sup>.

Dans ces conditions, la pratique du droit peut être envisagée comme une « source matérielle du droit, c'est à dire comme une source d'inspiration du législateur »<sup>460</sup> et la théorie des pouvoirs implicite joue un rôle propédeutique toutes les fois où la question des compétences est prise en défaut par le caractère limité des lois d'habilitation<sup>461</sup>. Ce caractère de « source matérielle du droit » qu'est la pratique trouve ainsi encore de nos jours à s'illustrer en matière de création de fichiers, notamment de police. Ainsi, un certain nombre de fichiers créés par les services de police et de gendarmerie par la voie réglementaire ne se trouvent que tardivement consacrés dans leur existence par une loi bien postérieure à leur mise en service et qui, le plus souvent, se contente d'opérer une transposition législative des conditions d'existence de ces fichiers telles que définies dans leur acte réglementaire de création<sup>462</sup>. Plus généralement, « ne pas formaliser un acte

455 Et que Georges VEDEL établit comme « la publication des lois et le rappel de leurs dispositions », « l'emploi de la contrainte pour assurer l'exécution » et « l'exécution des lois par l'accomplissement des tâches qu'elles confient expressément au Gouvernement »: VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre, *Droit administratif*, Tome 1, 12<sup>ème</sup> édition, PUF, 1992, pp. 28-29.

456 VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre, *Droit administratif*, Tome 1, 12<sup>ème</sup> édition, PUF, 1992, p. 29.

457 FAURE Bertrand, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA*, juillet-août 1998, p. 550.

458 HAURIOU Maurice, note sous CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Sirey 1922, III<sup>ème</sup> partie, p. 49.

459 GREMION Pierre et JAMOUS Haroun, « Les systèmes d'information dans l'administration publique », *RFSP*, 1974, n° 2, pp. 217-218.

460 AMSELEK Paul, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit: Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, p. 1472.

461 Il convient de noter que ce rôle peut être perçu de manière ambivalente, en tant qu'il permet de s'abstraire d'un formalisme paralysant pour hélas faire courir des risques d'une autre nature. Voir à cet égard FAURE Bertrand, *op. cit.*, p. 549: « la théorie des pouvoirs implicites permet ainsi de régler une question au-delà des strictes limites de la loi d'habilitation. Ce faisant, elle autorise le pouvoir réglementaire à vivre à la marge des règles d'habilitation et aboutit finalement à un développement parasitaire du droit ».

462 BATHO Delphine et BENISTI Jacques Alain, *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Enregistré à la

réglementaire ne signifie pas qu'il n'existe pas un règlement implicite »<sup>463</sup>. Mais cette situation actuelle ne détonne pas au regard de ce qu'a pu être le « droit des fichiers » avant l'adoption de la loi du 6 janvier 1978: non seulement ce droit était alors considéré comme « très embryonnaire », mais encore le fondement juridique des fichiers se trouvait « souvent inexistant ou très succinct »<sup>464</sup>.

Tel est manifestement le cas en matière de compétence de l'administration à effectuer des traitements d'informations personnelles. Dans la mesure où de tels procédés paraissent nécessaires à la réalisation de l'intérêt général, ils ont pu être mis en œuvre sur la base de la théorie des pouvoirs implicites. La mise en œuvre des traitements de données personnelles et des fichiers relève donc du « pouvoir réglementaire supplétif d'application des lois »<sup>465</sup>. A cet égard, la loi du 6 janvier 1978 ne constitue qu'une reconnaissance et un encadrement tardif de cette compétence auparavant implicite.

### c) Une liberté confirmée *a posteriori* pour les personnes publiques

La loi du 6 janvier 1978 est parfois présumée traduire une méfiance toute particulière à l'égard de la capacité pour les personnes publiques de mettre en œuvre un traitement de données personnelles. Il existe ainsi une opinion répandue selon laquelle la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est censée traduire « une vigilance particulière à l'égard des fichiers publics, une méfiance marquée à l'égard des interconnexions de fichiers et la conviction que l'usage du numéro de sécurité sociale, autrement appelé numéro d'inscription au répertoire (NIR), devait être étroitement encadré »<sup>466</sup>. Pour autant, le dispositif de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne comporte aucune mesure d'interdiction concernant tant la constitution de traitements de données que l'échange ou la mise à disposition d'informations nominatives entre administrations<sup>467</sup>. Cette loi « pose, en effet, le principe de liberté de constitution de fichiers nominatifs et de traitements informatique des données »<sup>468</sup>. Mais d'une part, ni la loi du 6 janvier 1978, ni la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne remettent en cause l'origine très majoritairement réglementaire de ces traitements, donc la liberté qui s'y attache en tant

Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2009, treizième législature, p. 45: « Ce phénomène est symptomatique de *l'empirisme qui préside à la création des fichiers de police*. Les services de police et de gendarmerie conçoivent et mettent en œuvre les outils dont ils ont besoin. Une fois les fichiers pleinement opérationnels, les services s'attachent alors à les sortir d'une forme de « clandestinité » et à leur donner une base juridique conforme aux lois et règlements. *L'acte juridique autorisant ledit traitement ne fait alors que reprendre et constater un simple état de fait* »

463 MEYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 2157. Ainsi, en matière de création de traitements de données personnelles, « lorsque l'administration déclare un traitement auprès de la CNIL, elle révèle l'édiction d'un acte réglementaire créant le traitement ».

464 GALLOUEDEC GENUYS Françoise, MAISL Herbert, *op. cit.*, p. 257.

465 BOTTINI Fabien, BOTTINI Fabien, « À quand une question prioritaire de constitutionnalité sur le cadre législatif des fichiers de police? », *JCP A*, n° 18, 2 mai 2011, p. 43. Une telle inscription de la liberté de traiter des données personnelles comme une conséquence logique de la fonction exécutive consistant à appliquer les lois est également signalée de longue date en droit suisse: KNAPP Blaise, « La protection des données personnelles: droit public suisse », *RIDC*, Vol. 39 N°3, Juillet-septembre 1987, p. 588: « La collecte des données doit être autorisée par une loi. L'autorisation légale peut être expresse mais elle peut aussi être implicite en ce sens qu'est naturellement autorisée la collecte nécessaire à l'accomplissement d'une tâche légale ».

466 CNIL, 19<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1998, La Documentation française, 1999, p. 40.

467 CNIL, 24<sup>ème</sup> rapport d'activité, 2003, La Documentation française, 2004, p. 78: « Aucun principe de protection des données à caractère personnel n'interdit les interconnexions ».

468 LATOUR Xavier, *op. cit.*, p. 10.

qu'élément du pouvoir discrétionnaire (c-1). D'autre part, cette liberté de principe pour les personnes publiques se trouve confirmée en ce que même le traitement réputé le plus liberticide, à savoir l'interconnexion, se trouve en fait caractérisé par principe par cette liberté de traitement (c-2).

*c-1) Une liberté se traduisant par une mise en œuvre privilégiée par voie réglementaire*

Premièrement, le dispositif prévu dans cette loi ne conduit pas à remettre en cause la liberté dont jouissent les personnes publiques pour mettre en œuvre un traitement de données. Cette « liberté conditionnée »<sup>469</sup> se manifeste par l'origine réglementaire de création d'un tel traitement. Ainsi, la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne constitue pas le fondement législatif nouveau d'une telle compétence mais, bien au contraire, se borne à confirmer la compétence de principe des personnes publiques pour mettre en œuvre des traitements de données personnelles sans habilitation législative en application de la théorie des pouvoirs implicites. Dans ces conditions, la compétence pour mettre en œuvre un traitement de données personnelles ne constitue dans l'immense majorité des cas qu'une manifestation du pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Dans ces conditions, la décision de création d'un tel traitement de données demeure une manifestation du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Le texte même des versions successives de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés confirme d'ailleurs cet état de fait. Ainsi, dans la version originale de la loi de 1978, si les articles 15 et 22 font référence aussi bien à la loi qu'au règlement comme instrument de création d'un traitement de données<sup>470</sup>, la suite des dispositions met uniquement l'accent sur la compétence réglementaire, attestant du caractère nettement majoritaire d'une telle option<sup>471</sup>. La nouvelle version de la loi confirme d'ailleurs incidemment cette tendance en reconnaissant, dans le cadre de la nouvelle procédure d'autorisation, la compétence des ministres dans la création par arrêtés de traitements de données personnelles intéressant « la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique » ou « qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté »<sup>472</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'article 27 de la nouvelle version de cette loi conditionne notamment l'autorisation de traitements de données particulièrement sensibles à l'adoption d'un décret en Conseil d'État ou d'un arrêté selon le degré de dangerosité de ces traitements<sup>473</sup>.

469 ROUX André, *op. cit.*, p. 85.

470 Loi n° 78-17 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF 7 janvier 1978, p. 227, articles 15: « Hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale, ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, sont décidés *par une loi ou par un acte réglementaire* pris après avis motivé de la commission nationale de l'informatique et des libertés (...) » et 22: « La commission met à la disposition du public la liste des traitements qui précise pour chacun d'eux: *la loi ou l'acte réglementaire décidant de sa création* ou la date de sa déclaration (...) ».

471 Loi n° 78-17 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF 7 janvier 1978, p. 227, articles 18: « L'utilisation du répertoire national d'identification des personnes physiques en vue d'effectuer des traitements nominatifs est autorisée *par décret en Conseil d'État* pris après avis de la commission » et 20: « *L'acte réglementaire* prévu pour les traitements régis par l'article 15 ci dessus précise notamment: \_ la dénomination et la finalité du traitement ; \_ le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès défini au chapitre V ci-dessous; \_ les catégories d'informations nominatives enregistrées ainsi que les destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces informations (...) ».

472 Loi n° 78-17 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans sa version actuellement en vigueur, article 26.

473 Loi n° 78-17 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans sa version actuellement

Une telle innocuité se trouve par ailleurs confirmée par les débats parlementaires<sup>474</sup> et doctrinaux<sup>475</sup> récents tendant à la formalisation du cadre juridique de la création de certains traitements de données personnelles présentant un fort potentiel en termes d'atteintes aux droits fondamentaux, à savoir les fichiers de police. Selon les initiateurs de ces débats, le caractère potentiellement liberticide de tels fichiers devrait logiquement amener à penser que la création de tels traitements de données personnelles doit faire l'objet d'une procédure renforcée. Leur position est fondée sur l'argument que ces fichiers ont un impact en matière de droits et de libertés fondamentales et, qu'à ce titre, leur création devrait logiquement relever de la compétence exclusive du législateur, telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution. Une proposition de loi a ainsi été déposée tendant à réserver exclusivement au législateur la faculté de mettre en œuvre des fichiers et traitements de données personnelles en matière de police<sup>476</sup>. Pourtant, le succès de cette démarche, qui n'est pas nouvelle, paraît compromis. En effet, cet argument avait été avancé et rejeté durant les débats parlementaires conduisant à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978. Ainsi, un amendement déposé à l'Assemblée Nationale fût repoussé, alors qu'il prévoyait que « lorsque des traitements automatisés peuvent porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, la création de ces traitements doit être autorisée par la loi qui fixe les règles garantissant le respect et l'exercice des droits des citoyens »<sup>477</sup>. Il paraît alors plus réaliste de n'envisager la voie législative que pour encadrer ceux des traitements de données personnelles les plus techniques, dans le cas de violation avérée des droits et libertés de la personne fichée. Constitue ainsi une telle exception l'adoption de la récente loi sur la géolocalisation<sup>478</sup>.

Ce cadre juridique entourant le pouvoir de création des fichiers, nécessairement lacunaire en raison de sa participation à l'exécution des lois, a fait l'objet de critiques<sup>479</sup>. Ses détracteurs se proposent ainsi d'« en finir avec l'ambiguïté du cadre juridique actuel », dont la cause tient à « l'absence de base juridique dans certains cas et à la diversité de bases normatives dans les autres »<sup>480</sup>. En effet, à l'heure actuelle, quatre cas se présentent<sup>481</sup>. Le premier cas laisse observer une absence totale de fondement juridique lors de la création d'un fichier de police. Les sénateurs Jean-Patrick Courtois et François-Noël Buffet estiment ainsi qu'il s'agit là du « cas d'un quart des fichiers environ, dont par exemple le fichier des objets signalés et le système de traitement des images des véhicules volés de la gendarmerie nationale, ou encore le fichier des brigades spécialisées de la police nationale »<sup>482</sup>. Le second cas laisse observer une situation initiale de création d'un fichier de police par un règlement, pour ensuite être intégré tel quel dans une loi. Les

en vigueur, article 27.

474 BATHO Delphine et BENISTI Jacques Alain, *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2009, treizième législature.

475 BOTTINI Fabien, *op. cit.*, pp. 41-45. GAUTRON Virginie, « Usages et mésusages des fichiers de police: La sécurité contre la sûreté? », *Actualité Juridique Pénal*, juin 2010, pp. 266-269.

476 BATHO Delphine et BENISTI Jacques Alain, Proposition de loi relative aux fichiers de police: Doc. AN, 7 mai 2009, n° 1659.

477 JO, Débats AN, 4 octobre 1977, p. 5792.

478 Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *JORF* n°75 du 29 mars 2014, p. 6123.

479 Pour un recensement de ces fichiers et une critique particulièrement argumentée, voir HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, précité, pp. 494 et ss.

480 BATHO Delphine et BENISTI Jacques Alain, *op. cit.*, pp. 42-43.

481 Pour une présentation détaillée de ces quatre cas, voir COURTOIS Jean-Patrick et BUFFET François-Noël, Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances pour 2010, adopté par l'Assemblée Nationale, Sénat, session ordinaire de 2009-2010, enregistré à la Présidence du Sénat le 19 novembre 2009, Tome XI Sécurité immigration asile et intégration, pp. 32-33.

482 COURTOIS Jean-Patrick et BUFFET François-Noël, *op. cit.*, p. 33.

auteurs de ce rapport parlementaire déplorent ainsi le renversement de la hiérarchie des normes auquel aboutit ce genre de situation, tel que l'illustre de manière extrême le cas du Système de Traitement des Infractions Constatées (STIC). En effet, ce fichier a tout d'abord commencé son existence *de facto* avant même d'être considéré par le droit<sup>483</sup>. La troisième possibilité est que le gouvernement soit habilité par l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 à créer un tel fichier par décret ou arrêté après avis de la CNIL. Dans le cas où ce fichier contiendrait des données sensibles, l'avis du Conseil d'État est en outre requis. Enfin, le gouvernement peut être habilité par la loi à créer un tel fichier<sup>484</sup>.

Il résulte de ces débats la confirmation que l'adoption de la loi du 6 janvier 1978 n'a pas fondamentalement modifié l'état du droit antérieur, en n'apportant qu'un encadrement à la théorie des pouvoirs implicites en tant que fondement de droit commun des traitements de données personnelles, y compris ceux réputés les plus liberticides et intervenant en matière de police. La compétence de principe revient au pouvoir réglementaire sans que l'irruption ponctuelle d'habilitations législatives à la création de fichiers ne revienne mettre en cause le caractère fondamentalement empirique de la création des traitements de données personnelles<sup>485</sup>. Les personnes publiques sont donc libres de mettre en œuvre un traitement de données personnelles, liberté matérialisée par la voie réglementaire et ne constituant, comme prolongement de la liberté d'administration, qu'une liberté de moyen et non de fin.

*c-2) Une liberté confirmée à l'égard du traitement réputé le plus liberticide: l'interconnexion de données*

Cette liberté se trouve en outre nettement confirmée par le caractère particulièrement permissif entourant le traitement de données communément réputé le plus liberticide: l'interconnexion. Cette dernière ne constitue aux yeux de la loi qu'une modalité de traitement parmi d'autres. En effet, l'article 5 de la loi du 6 janvier 1978 inclut les « interconnexions ou rapprochements, consultations ou communications d'informations nominatives » parmi la catégorie des traitements d'informations nominatives mais ne leur réserve pas de traitement particulier qui aboutirait notamment à son interdiction ou à tout le moins à de réelles difficultés de mise en œuvre<sup>486</sup>.

483 CHARBONNEAU Cyrille et PANSIER Frédéric-Jérôme, « Le système de traitement des infractions constatées ou les faits infractionnels à l'épreuve de la « memory S.T.I.C. » », *LPA*, 24 août 2001, n° 169, p. 3. Le fondement du STIC a dans un premier temps pris une forme réglementaire avec le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001, puis dans un second temps une base législative avec l'article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Au regard des carences de ces dispositions à assurer effectivement la protection des données de la personne fichée, la France a d'ailleurs été récemment condamnée par le juge de Strasbourg dans CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*, n° 21010/10.

484 Ainsi, le fichier national des immatriculations a été créé par la loi n° 90-1131 du 19 décembre 1990. Les auteurs des rapports parlementaires précités relatifs aux fichiers de police constatent d'ailleurs une tendance à la multiplication de ces habilitations législatives avec le temps.

485 COURTOIS Jean-Patrick et BUFFET François-Noël, *op. cit.*, p. 33: « Cette situation traduit l'empirisme qui préside à la création des fichiers de police. Les services de police et de gendarmerie conçoivent et mettent en œuvre les outils dont ils ont besoin. Une fois les fichiers pleinement opérationnels, les services s'efforcent de leur donner une base juridique. L'acte juridique autorisant le traitement ne fait alors que reprendre et constater un simple état de fait ».

486 Le constat est ainsi opéré de manière désabusée par PREUSS-LAUSSINOTTE Sylvia, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 209, 2000, p. 87: « Aujourd'hui, le grand débat autour de l'interdiction des interconnexions de fichiers s'épuise, leurs partisans ayant remporté la victoire au nom de l'efficacité, du réalisme (ces interconnexions existent dans les faits) et du progrès technique qu'on ne peut contenir ».

Cette absence d'interdiction par principe des interconnexions est cohérente avec les circonstances de l'adoption de la loi du 6 janvier 1978, qui mit fin à l'interdiction de toute interconnexion établie par circulaire du mars 1974 par le premier ministre Pierre Messmer à la suite de l'affaire SAFARI<sup>487</sup>. La liberté de traitement des données personnelles n'est plus quasi totale comme du temps de l'affaire *Deberon* mais se trouve encadrée sur le fond et sur la forme. Elle n'en demeure pas moins, en dépit de son encadrement, une faculté libre dans son initiative et très souplement contrainte dans ses modalités, que le fondement du traitement de données soit un acte réglementaire ou une loi.

Au surplus, il serait aujourd'hui d'autant plus malvenu d'évoquer un hypothétique principe d'interdiction de l'interconnexion des fichiers et de l'échange de données personnelles entre administrations, dans la mesure où « le principe de l'échange de données entre administrations pour instruire les demandes des usagers a été posé par l'article 6 de l'ordonnance du 8 décembre 2005 et par le nouvel article 16-A inséré par la loi du 17 mai 2011 dans la loi du 12 avril 2000 »<sup>488</sup>. Deux cas sont à distinguer, selon que le fondement du traitement soit un acte réglementaire ou une loi.

Lorsque le fondement du traitement est un acte réglementaire, la communication d'informations nominatives se trouve, sur le fond, à l'instar de tout autre traitement de données personnelles, soumise au principe de finalité. Ce dernier implique que la finalité du traitement soit portée à la connaissance de la CNIL. Il trouve sa substance dans l'idée qu'un traitement de données doit être un outil adapté à une mission spécifique et légitime<sup>489</sup>. Une méconnaissance de ce principe constitue un détournement de finalité conduisant le cas échéant à l'annulation de tout ou partie du fichier litigieux<sup>490</sup> et/ou à l'engagement de la responsabilité pénale de son auteur et de ses complices<sup>491</sup>. Sur la forme, les dispositions spécifiques relatives à la communication des données personnelles s'avèrent restrictives dans leur principe : d'une part, tout auteur de traitement voit peser sur lui une obligation de sécurité des informations, impliquant notamment qu'elles ne soient communiquées à des tiers non autorisés<sup>492</sup> ; d'autre part, la divulgation à des tiers non autorisés de même que le détournement de finalité d'un traitement constituent tous deux des délits respectivement insérés par les articles 43 et 44 de cette loi dans le Code pénal. Mais ce caractère restrictif est aisément contournable, dans la mesure où il est possible de recourir à de tels traitements en prenant soin, au préalable, de formaliser par un acte de nouvelles finalités légitimes ainsi que les tiers habilités à connaître de ces informations dans ce nouveau cadre. Ainsi,

487 JAMOUS Haroun et GREMION Pierre, *L'ordinateur au pouvoir. Essai sur les projets de rationalisation du gouvernement et des hommes*, Seuil, 1978, p. 59.

488 CLUZEL-METAYER Lucie, « Les téléservices publics face au droit à la confidentialité des données », *RFAP*, 2013/2, n° 146, p. 408.

489 CNIL, 1<sup>er</sup> rapport d'activité, 1978-1980, La Documentation française, 1980, p. 27: « L'adéquation des données enregistrées à la finalité du traitement est une idée directrice plus féconde que les interdictions a priori ; elle est retenue par toutes les lois « informatique et libertés ». La loi française exige que la finalité justifiant la création d'un traitement soit portée à la connaissance de la Commission ; elle sanctionne le « détournement de finalité ». Par conséquent, la Commission entend être en mesure d'apprécier, par rapport à la finalité énoncée, la pertinence des informations collectées, de leur communication ainsi que des programmes. A cet effet, la personne qui crée le traitement pourra juger utile de décrire l'historique de l'application et les objectifs recherchés par l'automatisation ».

490 Pour un exemple récent, voir CE, 28 mars 2014, *Syndicat national des enseignants du second degré*, req. n° 361042.

491 Pour un cas flagrant de détournement de finalité du STIC, voir LEPAGE Agathe, *Détournement de finalité de données à caractère personnel contenues dans le STIC*, note sous CA Aix-en-Provence, 7<sup>ème</sup> ch., sect. A, 30 juin 2009: Jurisdata n° 2009-014406, *Communication Commerce Électronique*, pp. 33-35.

492 Loi n° 78-17 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art 29.

l'utilisation du RNIPP<sup>493</sup> pour effectuer un traitement d'informations ne nécessite qu'une autorisation par décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL<sup>494</sup>. La demande d'avis ou de déclaration préalable à tout traitement et adressée à la CNIL doit notamment indiquer « les rapprochements, interconnexions ou toute autre forme de mise en relation de ces informations ainsi que leur cession à des tiers »<sup>495</sup>. Ce même article précisant toutefois que certaines des mentions à préciser peuvent ne pas apparaître à l'occasion de demandes d'avis relatives aux traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique.

La nouvelle version de la loi du 6 janvier 1978 telle qu'issue de la loi du 6 août 2004 comporte davantage de précisions sur l'encadrement de la liberté de traitement mais organise dans le même temps la possibilité légale pour l'État de se dispenser de l'avis de la CNIL, augmentant ainsi les chances de mise en œuvre de procédés d'échanges ou de communications de données entre administrations. La liberté de traitement des données personnelles se trouve d'abord plus finement encadrée dans le texte de la nouvelle loi informatique et libertés par la précision accrue des conditions de licéité des traitements<sup>496</sup>. L'encadrement procédural des interconnexions est aligné sur le régime de l'utilisation du NIR dans la mesure où sont désormais nécessaires soit une autorisation de la CNIL<sup>497</sup>, soit un décret en Conseil d'État pris après avis motivé et publié de la CNIL<sup>498</sup>. Les actes autorisant la création d'un traitement de données doivent préciser les caractéristiques du traitement, y compris les « destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces données »<sup>499</sup>. Dans le même ordre d'idées, les déclarations, demandes d'autorisation et demandes d'avis adressées à la CNIL doivent préciser, au terme des articles 30, I, 3° et 30, I, 7° respectivement « les interconnexions, les rapprochements ou toutes autres formes de mise en relation avec d'autres traitements » et « les destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication des données ». Les obligations d'information sont systématiquement étendues aux cas de communications de données personnelles à des tiers<sup>500</sup>.

Il résulte de ces dispositions des deux versions du texte de la loi du 6 janvier 1978 qu'une interconnexion ou assimilée telle est autorisée si elle respecte le principe de finalité<sup>501</sup> et si elle est effectuée de manière loyale, c'est à dire après information préalable tant de la CNIL que de la personne dont les données sont traitées et mises à disponibilité<sup>502</sup>. Bref, en tant que traitement de

493 Plus connu sous le nom de numéro de sécurité sociale.

494 Loi n° 78-17 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art 18.

495 Loi n° 78-17 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art 19.

496 Loi n° 78-17 dans sa version actuellement en vigueur, article 6: « Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : 1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ; 2° Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. 3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs (...) ».

497 Loi n° 78-17 dans sa version actuellement en vigueur, article 25.

498 Loi n° 78-17 dans sa version actuellement en vigueur, article 27.

499 Loi n° 78-17 dans sa version actuellement en vigueur, article 29.

500 Loi n° 78-17 dans sa version actuellement en vigueur, article 32, III.

501 CNIL, 19<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1998, La Documentation française, 1999, pp. 46-47 : « les interconnexions doivent être étroitement encadrées si l'on souhaite que soit respecté le point d'équilibre défini par toutes les législations de protection des données : le principe de finalité. Les interconnexions ne sont pas interdites par nos législations mais elles en constituent incontestablement des exceptions. Et l'exception doit s'interpréter strictement ».

502 CNIL, 19<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1998, La Documentation française, 1999, p. 41: « la CNIL a pour mission première de s'assurer que les personnes concernées ne seront pas tenues dans l'ignorance de l'interconnexion. Il s'agit là

données personnelles considéré *a priori* comme le plus liberticide, son encadrement n'apparaît pas comme différent du régime de droit commun. Cette souplesse d'encadrement apportée par le droit interne explique que la CNIL ait autorisé un si grand nombre de manifestations de cette libre-disponibilité des données personnelles, passant notamment par l'autorisation très fréquente du recours à l'interconnexion<sup>503</sup>. Une telle position n'est du reste pas spécifique à la France, et se retrouve, avec diverses variantes à l'étranger, y compris chez certains États comme l'Allemagne qui sont réputés avoir adopté un tel principe d'interdiction des interconnexions<sup>504</sup>.

S'il existe des interdictions d'interconnexion, elles se trouvent très limitées dans leur objet et elles figurent au sein de dispositions exogènes au droit commun des données personnelles comme le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile<sup>505</sup> ou le code de procédure pénale<sup>506</sup>. Sous réserve du respect des conditions minimales définies par la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la liberté d'interconnexion pour l'administration et ses services constitue donc le principe, et son interdiction une exception limitativement et expressément énumérée.

Lorsque le fondement du traitement est une loi, la situation de liberté des personnes publiques à l'égard de la mise en œuvre d'une interconnexion ne change véritablement que dans les modalités et non au fond. Cette souplesse des dispositions spécifiques au droit des données personnelles en matière d'encadrement des interconnexions, rapprochement ou mise en relation

d'un principe commun à toutes les législations de protection des données : les personnes doivent être informées du sort des données collectées et tout particulièrement des organismes ou autorités qui en seront destinataires. Ainsi, en matière de contrôle des conditions de ressources auxquelles est subordonné le versement de nombreuses allocations, la Commission demande que les allocataires de prestations sociales soient informés, lorsqu'ils remplissent leur déclaration, du caractère systématique et automatisé des vérifications qui seront opérées. Il s'agit là pour l'État d'une obligation de loyauté à l'égard des citoyens et, au demeurant, de la plus efficace des mesures de prévention des tentations de fraude ».

503 GENTOT Michel, « Renouveau de la problématique », in CHATILLON Georges et DU MARAIS Bertrand (dir.), *L'administration électronique au service des citoyens*, Actes du colloque du Conseil d'État et de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 21 et 22 janvier 2002, Bruylant, 2003, p. 332: « les avis de la CNIL favorables aux interconnexions de certains fichiers publics sont beaucoup plus nombreux qu'on ne l'imagine dès lors que l'intérêt public le justifie et que les droits, notamment d'information, des personnes concernées sont reconnus ».

504 Sénat, *L'interconnexion des fichiers administratifs*, Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 59, juin 1999.

505 De manière non exhaustive: CESEDA, art. R. 611-34 : « Les données à caractère personnel enregistrées dans le traitement ELOI ne peuvent faire l'objet d'interconnexions, mises en relation ou rapprochements avec aucun autre traitement automatisé de données à caractère personnel ». Il convient toutefois de préciser que cette disposition a été abrogée par l'article 6 du Décret n° 2011-638 du 8 juin 2011 relatif à l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France et aux titres de séjour et aux titres de voyage des étrangers, JORF n°0134 du 10 juin 2011 page 9850. Voir également le cas du « Fichier des non admis » défini par l'article R611-18 du même code et qui, au terme de l'article R611-22, « ne peut faire l'objet d'aucune interconnexion, rapprochement ou mise en relation avec un autre traitement automatisé de données à caractère personnel ».

506 De manière non exhaustive: Code de Procédure Pénale, article 777-3, premier alinéa : « Aucune interconnexion au sens du 3° du I de l'article 30 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne peut être effectuée entre le casier judiciaire national automatisé et tout autre fichier ou traitement de données à caractère personnel détenus par une personne quelconque ou par un service de l'État ne dépendant pas du ministère de la justice ». Cette disposition, issue de la loi n°80-2 du 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire, avait été fortement suggérée par la CNIL dans sa toute première délibération portant sur le fond des dispositions de la loi du 6 janvier 1978: Délibération n°79-02 du 08 août 1979 portant avis sur un projet de loi instituant un casier judiciaire national automatisé. Voir également l'article R53-19 du même code proscrivant toute interconnexion, rapprochement ou mise en relation du Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques (FNAEG) avec un autre traitement.

de fichiers est d'autant plus mise en évidence qu'elle contraste avec la rigueur de certaines dispositions organisant la confidentialité dans un domaine spécifique. Ainsi, la protection explicite de certaines données par un secret instauré par la loi constitue un obstacle de principe à l'établissement d'une interconnexion<sup>507</sup>.

Dans ce cas, l'intervention du Conseil constitutionnel prend un intérêt tout particulier. En effet, si un fondement réglementaire au titre du pouvoir d'exécution des lois constitue le support juridique de droit commun des traitements de données ou fichiers, le recours à un instrument législatif pour fonder en droit un tel traitement se justifie avant tout par une volonté de déroger au cadre de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cette faculté du législateur d'adopter des dispositions législatives plus ou moins protectrices des données personnelles au regard de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, est d'ailleurs rappelée en filigrane des versions successives de cet instrument<sup>508</sup>. Une telle faculté trouve sa raison d'être dans des motivations très diverses. Un premier motif ressort du domaine matériel dévolu à la loi dans l'article 34 de la Constitution de 1958, qui lui attribue notamment compétence pour adopter les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Dans ce cas, le recours au législateur comme auteur du fichier est explicitement conçu comme une garantie des droits et libertés de la personne. Un tel cas de figure était déjà vrai avant l'adoption de la loi du 6 janvier 1978<sup>509</sup> et a pu concerner l'adoption ou à tout le moins la confirmation de dispositifs de traitements des données particulièrement sensibles à l'instar de l'automatisation du casier judiciaire<sup>510</sup>. Un second motif de création législative des fichiers publics se trouve aux antipodes de celui précédemment examiné. En effet, de plus en plus souvent, le recours au législateur est conçu dans l'optique délibérée de contourner les dispositions de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>511</sup>. Ce « détournement » de pouvoir législatif n'a d'ailleurs pas échappé à l'opposition parlementaire<sup>512</sup> ainsi qu'à la doctrine<sup>513</sup>. Cette pratique fonde l'intérêt du contrôle de constitutionnalité pour la matière spécifique du droit de la protection des données personnelles.

Pour autant, le Conseil constitutionnel s'est prononcé à propos des interconnexions de fichiers et rapprochements de données dans le sens d'une admission souple directement inspirée des dispositions essentielles du dispositif législatif existant en matière de protection des données

507 CNIL, 19<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1998, La Documentation française, 1999, p. 40: « si des informations sont protégées par le secret professionnel ou par un secret particulier (médical, bancaire, fiscal, statistique), l'échange d'informations, c'est-à-dire leur divulgation à un organisme tiers, ne peut intervenir que si ce secret est préalablement levé par la loi. Il s'agit là d'un principe fondamental : l'informatique ne doit pas permettre de faire ce que le législateur a entendu proscrire ».

508 Dans la version originelle de la loi du 6 janvier 1978, voir ainsi les articles 28 et 30 qui, respectivement, rappellent d'une part que la loi peut permettre de déroger à la durée de conservation des données autorisée par la CNIL et, d'autre part, que la loi peut élargir le cercle des personnes morales ou services habilitées à procéder au « traitement automatisé des informations nominatives concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté ». Dans la version actuellement en vigueur de cette loi, la seule mention de cette faculté naturelle du législateur fait référence cette fois-ci à la possibilité de renforcer les dispositions protectrices des individus, et non plus d'y déroger, en prévoyant dans l'article 8, II, 1, que la loi peut interdire de considérer le consentement de la personne fichée comme motif autorisant un traitement de données sensibles.

509 Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JORF* du 30 décembre 1979 p.3311. Loi n° 70-539 du 24 juin 1970 concernant la centralisation de la documentation relative à la circulation routière, *JORF* du 25 juin 1970, p. 5963.

510 Loi n°80-2 du 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire, *JORF* du 5 janvier 1980, p. 40.

511 PICARD Étienne, « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *RSC*, 1993, p. 294.

512 BATHO Delphine et BENISTI Jacques Alain, *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2009, treizième législature.

513 BOTTINI Fabien, *op. cit.*, pp. 41-45.

personnelles. La souplesse de cet encadrement des interconnexions est d'autant plus mise en valeur par le Conseil qu'elle contraste, dans la jurisprudence de ce dernier, avec le caractère dirimant des dispositions législatives établissant la confidentialité dans certains domaines spécifiques.

La première évocation de la constitutionnalité d'une interconnexion est réalisée de manière discrète au sein de la décision du Conseil constitutionnel relative à l'approbation de l'accord de Schengen en 1991<sup>514</sup>. Un des griefs soulevés par les parlementaires requérants tenait justement à « l'absence de disposition interdisant des « interconnexions » entre fichiers informatisés » au sein de la convention relative au Système d'information Schengen. Dans la mesure où les dispositions de cette convention assignaient aux traitements et communications de données une finalité strictement déterminée et où « la convention comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle », ce moyen est rejeté comme manquant en fait<sup>515</sup>. Ce faisant, cette décision confirme l'inexistence d'un principe en l'espèce constitutionnel d'interdiction des interconnexions ou rapprochements ou communications de données personnelles et la souplesse de principe du Conseil à l'égard de l'instauration par le législateur de traitements de données personnelles.

Cet encadrement souple opéré par le Conseil constitutionnel se décline en un volet formel et un volet substantiel.

Le volet formel revient à vérifier si la loi déferée a respecté cet échelon intermédiaire implicite de la hiérarchie des normes que sont les garanties légales d'exigences constitutionnelles. Ainsi, le Conseil constitutionnel précise bien implicitement que la constitutionnalité d'une telle libre disponibilité est conditionnée par l'absence de dérogation du législateur à la loi informatique et liberté<sup>516</sup>. Illustrant ainsi le rôle de la loi du 6 janvier 1978 en tant que garantie légale d'exigences constitutionnelles<sup>517</sup>, le Conseil constitutionnel conditionne de manière générale la liberté de traitement des données personnelles pour l'État à son respect des dispositions par ailleurs souples de cette loi<sup>518</sup>. Ainsi, la possibilité légale de consultation du fichier d'une administration A par une administration B ne viole par elle-même aucune norme constitutionnelle dès lors que le législateur n'a pas entendu dispenser ce dispositif de l'application de la loi du 6 janvier 1978. Sous cette réserve, il est ainsi possible aux organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de la sécurité sociale d'avoir accès aux fichiers de l'État pour vérifier que les assurés étrangers satisfont aux conditions de régularité de leur situation en France<sup>519</sup>. En l'absence de dispositions explicites

514 Décision N° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, Recueil, p. 91 - Journal officiel du 27 juillet 1991, p. 10001.

515 Décision N° 91-294 DC du 25 juillet 1991, préc., considérants n° 47 à 51.

516 Pour un exemple de dérogation légale expresse à la loi du 6 janvier 1978, voir CE 30 décembre 2009, *Association SOS Racisme, GISTI et autres*, n° 312051, Rec. p. 538.

517 Sur cette qualification, voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2.

518 Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Recueil, p. 14 - Journal officiel du 22 janvier 1993, p. 1118, considérant n° 14 : « Considérant que si en vertu des trois premiers alinéas de l'article 1er de la loi, il revient au service de centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention de certaines infractions limitativement énumérées, il ne ressort pas de ces dispositions qu'il est habilité à opérer lui-même la constatation desdites infractions ; qu'en lui confiant cette mission, le législateur n'a pas entendu déroger aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Voir également pour une formulation assimilable: Décision n° 2003-467 DC du jeudi 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Recueil, p. 211 – JORF du 19 mars 2003, p. 4789, considérant n° 26.

519 Décision N° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée*,

en ce sens par le législateur, la loi du 6 janvier 1978 s'applique par principe à tout traitement de données.

Le volet substantiel est lui-même double, et consiste en la vérification de la constitutionnalité de la disposition déferée à son contrôle à l'aune, d'une part, des principes constitutionnels d'encadrement des atteintes aux droits et libertés et, d'autre part, des dispositions du droit de la protection des données personnelles. Il convient de préciser que ces deux sources, l'une jurisprudentielle et constitutionnelle et l'autre supralégislative sans avoir valeur constitutionnelle, tendent à converger naturellement jusqu'à devenir parfois indistinctes dans leurs prescriptions respectives.

La condition substantielle générale de constitutionnalité d'une interconnexion tient d'abord à son respect des règles générales relatives à la limitation des droits et libertés. En effet, le Conseil constitutionnel, « lorsqu'il est appelé à connaître avant leur promulgation de lois restreignant l'exercice d'une liberté publique recherche, dans la ligne de la jurisprudence Benjamin, si les dispositions arrêtées par le législateur sont proportionnées à l'objectif à atteindre, c'est à dire à la nécessité d'assurer la sauvegarde de l'ordre public »<sup>520</sup>. Dans le cadre plus spécifique de l'examen de la constitutionnalité de dispositifs de police, la mise en œuvre de ces pouvoirs implique le respect d'une triple exigence de « nécessité, adaptation et proportionnalité »<sup>521</sup>. A cet égard, dès lors que les traitements de données personnelles inclus dans le dispositif déferé à son contrôle présentent une finalité de police, ils se trouvent soumis à ce régime<sup>522</sup>. Ainsi le Conseil constitutionnel annule l'article 5 de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques en ce qu'il reviendrait à conférer au service central de prévention de la corruption un droit de collecte des données personnelles non limité *a priori*, en ce que l'étendue et la nature de ces données ne serait absolument pas

*d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Recueil, p. 224 - JORF du 18 août 1993, p. 11722, considérant n° 121.

520 LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009, p. 285.

521 VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre, *Droit administratif*, Tome 2, 12<sup>ème</sup> édition, PUF, 1992, p. 706. Cet alignement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur celle du Conseil d'État a été initié dans la décision « Fouille des véhicules » : voir Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Recueil, p. 33 - JORF du 13 janvier 1976, p. 344, considérant n° 5 : « Considérant qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ; que, par suite, il n'est pas conforme à la Constitution ». Sur la question spécifique de ce parallélisme entre jurisprudences administratives et constitutionnelles, voir l'ouvrage précité des professeurs VEDEL et DELVOLVÉ, pp. 710-711.

522 Pour un exemple de qualification des traitements de données par le Conseil constitutionnel de mesures de police administrative, voir : Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Recueil, p. 45 - JORF du 25 avril 1997, p. 6271, considérant n° 24 : « Considérant en premier lieu qu'il revient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels, compte tenu de l'intérêt public qu'il s'assigne, les mesures applicables à l'entrée et au séjour des étrangers en France ; qu'en prévoyant le relevé et la mémorisation des empreintes digitales des étrangers qui sollicitent la délivrance d'un titre de séjour après l'expiration d'un délai de trois mois depuis leur entrée sur le territoire français, ou sont en situation irrégulière sur le territoire ou sont visés par une mesure d'éloignement de ce dernier, et la *possibilité d'un traitement automatisé de ces informations* conformément aux garanties prévues par la loi du 6 janvier 1978 susvisée, il n'a pas, *par ces mesures de police administrative*, porté d'atteinte excessive à la liberté individuelle de nature à méconnaître la Constitution ». Pour une étude récente des traitements de données personnels considérés comme des outils au service de finalités de police, voir KOUBI Geneviève, « Les données à caractère personnel, outil des services de renseignement », *JCP A*, 2009, n° 46, pp. 30-34.

précisé<sup>523</sup>. Le Conseil constitutionnel a explicitement étendu cette jurisprudence aux interconnexions de fichiers qui, dès lors qu'elles présentent un but de police, se trouvent soumis à cette triple exigence précitée de « nécessité, adaptation et proportionnalité »<sup>524</sup>.

La souplesse de l'encadrement par le Conseil des interconnexions, lorsqu'il utilise au titre de garanties légales d'exigences constitutionnelles les dispositions de la loi du 6 janvier 1978, contraste avec le caractère dirimant des dispositions législatives mettant en place et organisant un secret<sup>525</sup>. Il n'existe pas en droit constitutionnel français d'interdiction générale de procéder à des interconnexions et, *a fortiori*, de procéder à des traitements de données personnelles plus classiques. Le Conseil constitutionnel se contente d'utiliser la loi du 6 janvier 1978 comme garantie légale d'exigence constitutionnelle et, à ce titre, ne soumet pas les interconnexions à un régime différent de celui constaté au niveau législatif.

*A contrario*, une interconnexion ne peut avoir lieu si l'un des fichiers concernés se trouve protégé par une obligation de confidentialité légalement constituée à l'instar du secret médical. L'examen de cette condition intervient en amont même de l'examen du respect par le dispositif considéré des dispositions de droit commun de la protection des données personnelles. Une telle méthodologie a été explicitement adoptée par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 22 avril 1997 relatif à la Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, a ainsi censuré une disposition du texte législatif déféré à son contrôle au motif que ce dernier constituait une violation du droit d'asile garanti par le préambule de la Constitution de 1946. En effet, la disposition incriminée permettait aux agents du ministère de l'intérieur et de la gendarmerie

523 Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Recueil, p. 14 - *JORF* du 22 janvier 1993, p. 1118, considérant n° 16 : « Considérant en outre que l'article 5 de la loi confère à ce service le droit d'obtenir communication de tout document sans l'assortir d'une obligation de motivation et sans aucune restriction non seulement quant à la nature mais aussi quant à l'ancienneté de ces documents ; que ce droit n'étant pas limité à une prise de connaissance et, le cas échéant, de copie, peut autoriser des rétentions dont le terme n'est pas fixé ; que le droit de convocation de toute personne dont dispose le service peut être assorti d'un délai limité à 48 heures, sans égard aux déplacements qu'il implique ni à d'éventuelles circonstances particulières ; qu'il n'est pas précisé que la personne convoquée peut se faire accompagner du conseil de son choix ni qu'un procès-verbal doit être dressé contradictoirement ; que le service peut ainsi, y compris de sa propre initiative, intervenir dans des domaines très divers de la vie professionnelle et privée ; que le refus de délivrer les documents demandés ou de se prêter aux auditions provoquées par le service est punissable d'une amende correctionnelle de 50 000 F. ; que les dispositions de l'article 5 sont de nature à méconnaître le respect de la liberté personnelle et à porter des atteintes excessives au droit de propriété ; que, dès lors, l'article 5 de la loi doit être déclaré contraire à la Constitution ». Pour un autre exemple plus complet d'un tel contrôle, voir Décision n° 2003-467 DC du jeudi 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Recueil, p. 211 - *JORF* du 19 mars 2003, p. 4789, considérant n° 28 (examen du respect du principe de finalité d'une disposition permettant la consultation à des fins administratives de données personnelles recueillies dans le cadre d'activités de police judiciaire), considérant n° 29 (examen de la nécessité et de la proportionnalité de ces mesures) et considérant n° 32 (réitération du principe de proportionnalité, par la stigmatisation des mesures « excessives »). Sous ces réserves, ces dispositions n'appellent alors pas de censure de la part du Conseil.

524 Décision n° 2003-467 DC du jeudi 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Recueil, p. 211 - *JORF* du 19 mars 2003, p. 4789, considérant n° 32: « Considérant qu'aucune norme constitutionnelle ne s'oppose par principe à l'utilisation à des fins administratives de données nominatives recueillies dans le cadre d'activités de police judiciaire ; que, toutefois, cette utilisation méconnaîtrait les exigences résultant des articles 2, 4, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 si, par son caractère excessif, elle portait atteinte aux droits ou aux intérêts légitimes des personnes concernées ».

525 BENYEKHLEF Karim, *op. cit.*, pp. 89-90: « De plus, alors que le droit à la vie privée informationnelle vise à proscrire complètement l'utilisation de données personnelles – dans un cadre qui reste à déterminer –, la notion de protection des données vise à réglementer, plutôt qu'à prohiber un secteur de l'activité humaine en édictant des normes de gestion de l'information personnelle ».

nationale de consulter les informations détenues par l'OFPPA sur les personnes sollicitant le bénéfice du droit d'asile. Or, la confidentialité de ces informations, impliquant notamment un accès restreint aux seuls personnels de cet organisme, est considérée comme une « garantie essentielle du droit d'asile » par le Conseil constitutionnel<sup>526</sup>.

De manière plus générale, la prise en considération en amont de dispositions exogènes au droit des données personnelles prouve à quel point ce dernier ne constitue qu'un encadrement et non une interdiction de principe des interconnexions. Seule la considération des dispositions constitutionnelles, internationales ou législatives organisant la confidentialité dans un secteur spécifique est à même d'empêcher *a priori* et par principe l'adoption d'un dispositif d'interconnexion. Ce caractère dirimant justifie que ce point soit examiné en premier à l'occasion de la mise en œuvre de nouveaux traitements de données personnelles<sup>527</sup>.

## 2) Un fondement systématisé par les lois encadrant l'action publique

Au terme de ce qui précède, la liberté de traitement des données personnelles apparaît comme le prolongement de la liberté d'administration des personnes publiques. Cette relation apparaît aujourd'hui systématisée dans le cadre de la réalisation de l'administration électronique.

La motivation essentielle d'une telle réforme de l'État par l'introduction des NTIC – en laissant de côté la dynamique récente de développement de l'*open data* en France<sup>528</sup> – demeure la recherche de la performance publique<sup>529</sup>, c'est à dire en filigrane d'une recherche de légitimité administrative là où une légitimité proprement politique tend de plus en plus à faire défaut<sup>530</sup>. De

526 Décision N° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Recueil, p. 45 - *JORF* du 25 avril 1997, p. 6271, considérant n° 26: « Considérant que la confidentialité des éléments d'information détenus par l'office français de protection des réfugiés et des apatrides relatifs à la personne sollicitant en France la qualité de réfugié est une garantie essentielle du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle qui implique notamment que les demandeurs du statut de réfugié bénéficient d'une protection particulière ; qu'il en résulte que seuls les agents habilités à mettre en œuvre le droit d'asile, notamment par l'octroi du statut de réfugié, peuvent avoir accès à ces informations, en particulier aux empreintes digitales des demandeurs du statut de réfugié ; que dès lors la possibilité donnée à des agents des services du ministère de l'intérieur et de la gendarmerie nationale d'accéder aux données du fichier informatisé des empreintes digitales des demandeurs du statut de réfugié créé à l'office français de protection des réfugiés et apatrides prive d'une garantie légale l'exigence de valeur constitutionnelle posée par le Préambule de la Constitution de 1946 ».

527 Voir ainsi à titre d'exemple la Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, Recueil, p. 153 - *JORF* du 17 août 2004, p. 14657, validant la création du dispositif du « Dossier médical personnalisé, considérants 7 et 8: « Considérant, en second lieu, que le dossier médical personnel sera élaboré « dans le respect du secret médical » ; (...);

Considérant qu'eu égard aux finalités des dispositions contestées, qui sont, d'une part, d'améliorer la qualité des soins, d'autre part, de réduire le déséquilibre financier de l'assurance maladie, et *compte tenu de l'ensemble des garanties qui viennent d'être rappelées*, le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles en cause, une conciliation qui n'apparaît pas manifestement déséquilibrée ; que, dès lors, les griefs invoqués doivent être rejetés ».

528 Sur cette question, voir GORCE Gaëtan et PILLET François, Rapport n° 469 du Sénat, session ordinaire de 2013-2014, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 avril 2014, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'*open data* et la protection de la vie privée.

529 LASSERRE Bruno, *L'État et les technologies de l'information et de la communication: vers une administration à accès pluriel*, Commissariat général du Plan, La Documentation française, janvier 2000, p. 63: « Les technologies de l'information et de la communication apparaissent comme un levier pour la réforme de l'État. Leur introduction doit être l'occasion de faire progresser la modernisation dans trois directions : la redéfinition du rôle de la hiérarchie, le décloisonnement des services et l'amélioration du travail en partenariat ».

530 Cette recherche contemporaine et ostensible de performance publique, en droit administratif et surtout en droit

manière générale, la recherche de rendement est perçue par la doctrine comme le « fondement des transformations en cours du droit de l'administration »<sup>531</sup>. Ces transformations ne s'expriment pas seulement en matière d'administration électronique, mais innervent l'ensemble des branches du droit administratif<sup>532</sup>, sans parler du droit public financier dans son ensemble depuis l'adoption de la LOLF. L'informatisation de l'administration y joue cependant un rôle majeur en ce qu'elle constitue une problématique totalement transversale dans la matière. Alors qu'avant 1996, les systèmes informatiques mis en œuvre par l'administration relèvent d'une « informatique de production », à partir de 1996, une « ambition plus large est affirmée par le Premier ministre, en fixant comme priorité pour l'informatique administrative de contribuer à renforcer le pilotage des politiques publiques et moderniser l'organisation administrative »<sup>533</sup>.

La corrélation entre informatisation de l'administration et recherche de performance est explicitement soulignée par la définition officielle de l'administration électronique telle qu'adoptée par l'OCDE. Cette dernière définit l'administration électronique comme « l'utilisation des technologies de l'information et de la communication, et plus particulièrement d'Internet, comme outils pour arriver à une meilleure administration », ce qui englobe notamment le fait « d'obtenir de meilleurs résultats, des services de meilleure qualité, un engagement accru avec les citoyens »<sup>534</sup>. Une telle définition est partagée par le conseiller d'État Guy Braibant, qui considère ainsi que « le développement des fichiers informatiques permet, à maints égards, de renforcer l'efficacité de l'action publique au bénéfice direct des administrés »<sup>535</sup>.

Dans cette optique, la recherche de performance passe par l'amélioration des moyens de communication entre personnes publiques ou administrations, et l'accent est alors mis non sur la performance d'une seule institution, mais sur celle de la collaboration d'institutions regroupées au sein d'un réseau<sup>536</sup>. Ce phénomène ne renvoie pas à celui de l'informatisation des moyens de l'administration mais de sa structure même. L'organisation administrative ne se trouve plus alors cantonnée à une approche purement institutionnelle, dans laquelle une tâche administrative n'est l'œuvre que d'une institution administrative. La recherche de performance de l'action publique rend nécessaire la co-administration, conçue comme une mise en réseau de différentes administrations en vue du traitement administratif d'une même tâche<sup>537</sup>.

public financier, peut alors à notre sens se comprendre, à l'instar du développement de la fonction de police par l'État monarchique français à partir du XVI<sup>ème</sup> siècle tel que mis en évidence par Paolo Napoli dans son ouvrage précité. Cette stratégie de performance affichée constitue alors à notre sens une façon de compenser, sur le plan de la légitimité administrative, une légitimité politique née du suffrage universel et aux effets de plus en plus incertains et volatiles.

531 CAILLOSSE Jacques, « Le droit administratif contre la performance publique? », *AJDA*, 20 mars 1999, p. 204.

532 CAILLOSSE Jacques, *op. cit.*, pp. 195-211.

533 SCHNÄBELE Philippe et BEAUVAIS François, « Réforme de l'État et téléprocédures », *AJDA*, 2001, p. 608.

534 OCDE, *L'administration électronique : un impératif*, OCDE, 2004, p. 11.

535 BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 1998, p. 15.

536 SUPIOT Alain, « Travail, droit et technique », *DS*, janvier 2002, p. 15: « A l'origine du développement des technologies de l'information et de la communication, se trouve l'idée que l'Homme doit être défini, non par une supposée nature intérieure, mais par l'ensemble des liens qu'il tisse avec son environnement. De là est née d'abord l'invention de l'ordinateur, qui n'a pas procédé d'un progrès dans la maîtrise des matériaux – du hardware- mais de l'extension à la machine de l'organisation logique, et donc universelle, du cerveau humain, dont on croyait qu'il fonctionnait globalement en mode binaire. De là est née ensuite la cybernétique, comme science générale de la communication [...]. Dans cette perspective, la société ne doit pas être pensée en termes d'idées incarnées dans les institutions, mais en termes de réseaux de communication, accessibles et transparents à tous. La dilution des institutions et la promotion des communications sont donc les deux faces indissociables d'un même projet, où l'Homme et la société seraient rendus transparents à eux-mêmes ».

537 LASSERRE Bruno, *op. cit.*, p. 19: « il est apparu que le déploiement des technologies de l'information et de la

Toutefois, il est difficile d'évaluer le gain d'une telle amélioration<sup>538</sup>. Enfin, il est tout aussi délicat d'arriver à distinguer entre les diverses manifestations de cette recherche d'efficacité car elle peut être impliquée par des fondements divers<sup>539</sup>. La liberté de traitement des informations, y compris des données personnelles, constituerait ainsi le moyen d'accroître la performance du travail public ; il s'agit alors de « décloisonner les services pour un meilleur service public »<sup>540</sup> mais également d'automatiser et de rationaliser les tâches d'exécution du service public<sup>541</sup>. Cette liberté permettrait également de poursuivre une recherche d'amélioration de la qualité du service ainsi que d'une recherche d'efficience économique de ce service<sup>542</sup>.

Quelque soit le flou relatif nimbant cette recherche d'efficacité par la systématisation de l'informatique, toujours est-il que cette recherche de performance implique la liberté de circulation entre personnes publiques de données personnelles. Cela nécessite de lever les

communication n'est pas sans conséquence sur le périmètre de l'État et du service public, le fonctionnement en réseau de l'État se traduisant par des frontières (fonctionnelles et organisationnelles) beaucoup moins étanches entre son administration et celles des collectivités locales. Le travail coopératif en réseau entre ces dernières aboutit, lorsqu'il se développe, à des synergies nouvelles à une coopération d'un certain nombre de services publics ».

- 538 De manière générale, les auteurs intervenant sur le sujet s'accordent sur le fait que l'informatique apporte une certaine efficacité au travail administratif, sans toutefois quantifier ou essayer de quantifier cet apport. Voir par exemple SAURET Jacques, « Efficacité de l'administration et service à l'administré: les enjeux de l'administration électronique », *RFAP*, 2004/2, n° 110, p. 280: « L'administration électronique permet d'améliorer ces trois critères de qualité, de rapidité et de maîtrise des coûts ». Voir également LE CLAINCHE Julien, « L'évolution du contrôle des interconnexions de fichiers publics », *Légicom*, n° 47, 2011/2, p. 66: « l'interconnexion des fichiers publics permet, d'une part, de simplifier les démarches administratives, d'améliorer les relations entre l'administration et les usagers et, d'autre part, de gagner en productivité ».
- 539 Voir par exemple BRAIBANT Guy, *op. cit.*, pp. 15-16: cet auteur considère que l'informatisation de l'administration permet d'assurer « l'égalité et l'objectivité du traitement des administrés se trouvant dans une situation comparable au regard du droit ou d'une obligation » en luttant notamment contre la fraude, une « plus grande adaptabilité du service public aux attentes des citoyens » en permettant un « décloisonnement et une déconcentration des services », de permettre de garantir la « continuité du service rendu par les divers opérateurs administratifs » avec lesquels l'administré peut se trouver en relation pour un même dossier et, enfin, une « simplification des procédures administratives et une accélération du traitement des dossiers ».
- 540 LASSERRE Bruno, *op. cit.*, p. 65 ; TRON Georges, *Fonction publique, réforme de l'État et aménagement du territoire*, annexe n°26 in CARREZ Gilles, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2003 (n° 230), n° 256, 2002, pp. 31-32: « Si l'administration française se trouve dans la moyenne des grands pays européens concernant les systèmes d'information ministériels, elle souffre d'un certain nombre de maux qui l'handicapent », dont « le cloisonnement de l'administration française [qui] se retrouve dans les systèmes d'administration. Le partage des données gérées par une administration reste une exception et les systèmes de travail coopératifs interministériels mis en place sous l'impulsion de la DIRRE ne sont pas utilisés à leur pleine capacité ».
- 541 DE LA PRESLE Anne, « L'administration et l'échange de données informatisé », *AJDA*, 20 novembre 1992, p. 707: « Manipulatrices de papier, les administrations aspirent cependant à une certaine automatisation du traitement des dossiers. L'interaction de l'informatique et des télécommunications l'autorise: l'efficacité et même l'équité la commandent: accélérer le déroulement des procédures et uniformiser leur traitement, c'est accroître les garanties d'égalité devant le service public ».
- 542 L'instauration du dossier médical personnalisé constitue un traitement de données personnelles permettant l'accès à des données sensibles. Sa double finalité d'amélioration de la qualité des soins et de réduction du déséquilibre financier de l'assurance maladie a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, Recueil, p. 153 - Journal officiel du 17 août 2004, p. 14657, considérant n° 8: « Considérant qu'eu égard aux finalités des dispositions contestées, qui sont, d'une part, d'améliorer la qualité des soins, d'autre part, de réduire le déséquilibre financier de l'assurance maladie, et compte tenu de l'ensemble des garanties qui viennent d'être rappelées, le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles en cause, une conciliation qui n'apparaît pas manifestement déséquilibrée ; que, dès lors, les griefs invoqués doivent être rejetés ».

obstacles de principe à la réalisation de l'administration électronique. Un tel obstacle pourrait être constitué par les règles relatives à la protection des données personnelles contenues dans les instruments relatifs à ces données. Une telle démarche est notamment le fait de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives<sup>543</sup>. Annoncée à juste titre par la doctrine comme « consacrant l'entrée de l'administration dans le monde électronique »<sup>544</sup>, cette ordonnance pose un cadre général concernant les échanges électroniques avec les autorités administratives dont l'économie générale a fait l'objet de l'accord de la CNIL<sup>545</sup>. Ce cadre général est explicitement guidé par un principe de liberté de circulation des données personnelles entre autorités administratives.

Ainsi, l'article 4 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit<sup>546</sup> introduit au sein de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations un article 16 A énonçant notamment dans son premier alinéa que « Les autorités administratives échangent entre elles toutes informations ou données strictement nécessaires pour traiter les demandes présentées par un usager »<sup>547</sup>. La raison présidant à l'introduction de cet article dans ce texte de loi est « d'alléger les formalités imposées aux usagers et de faciliter le traitement de leurs demandes par l'administration, mais aussi de

543 Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, *JORF* 9 décembre 2005, p. 18986.

544 PIETTE-COUDOL Thierry, commentaire sous l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, *JORF* 9 décembre 2005, p. 18986, *DA*, février 2006, p. 19.

545 Délibération n° 03-054 du 27 novembre 2003 portant avis sur les dispositions relatives au développement de l'administration électronique de l'avant-projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit par voie d'ordonnances, in CNIL, 24<sup>ème</sup> rapport d'activité, 2003, La Documentation française, 2004, pp. 229-232.

546 Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* n° 115 du 18 mai 2011, p. 8537.

547 Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, *précit.*, article 4: « (...) Art. 16 A.-I. — Les autorités administratives échangent entre elles toutes informations ou données strictement nécessaires pour traiter les demandes présentées par un usager.

Une autorité administrative chargée d'instruire une demande présentée par un usager fait connaître à celui-ci les informations ou données qui sont nécessaires à l'instruction de sa demande et celles qu'elle se procure directement auprès d'autres autorités administratives françaises, dont elles émanent ou qui les détiennent en vertu de leur mission.

L'usager est informé du droit d'accès et de rectification dont il dispose sur ces informations ou données. Les échanges d'informations ou de données entre autorités administratives s'effectuent selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui fixe les domaines et les procédures concernés par les échanges d'informations ou de données, la liste des autorités administratives auprès desquelles la demande de communication s'effectue en fonction du type d'informations ou de données et les critères de sécurité et de confidentialité nécessaires pour garantir la qualité et la fiabilité des échanges. Ce décret précise également les informations ou données qui, en raison de leur nature, notamment parce qu'elles touchent au secret médical et au secret de la défense nationale, ne peuvent faire l'objet de cette communication directe.

II. — Un usager présentant une demande dans le cadre d'une procédure entrant dans le champ du dernier alinéa du I ne peut être tenu de produire des informations ou données qu'il a déjà produites auprès de la même autorité ou d'une autre autorité administrative participant au même système d'échanges de données. Il informe par tout moyen l'autorité administrative du lieu et de la période de la première production du document. Le délai de conservation des informations et données applicable à chaque système d'échange est fixé par décret en Conseil d'État.

III. — Lorsque les informations ou données nécessaires pour traiter la demande ne peuvent être obtenues directement auprès d'une autre autorité administrative dans les conditions prévues aux I ou II, l'usager les communique à l'autorité administrative ».

« lutter contre la fraude en sécurisant la production et la transmission des pièces justificatives » »<sup>548</sup>. Cette liberté de communication, dans un souci de bonne administration, n'est pas entravée par les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 et traduit même à cet égard une liberté de principe<sup>549</sup>.

Il résulte donc de ce qui précède que la liberté de traitement des données personnelles est impliquée par la liberté mise en évidence pour une administration publique de se gérer avec un certain degré d'autonomie. Le signe le plus clair en est la qualification jurisprudentielle des fichiers comme des mesures d'ordre intérieur. Plus récemment, cette liberté se trouve confirmée par l'innocuité apparente de la mise en réseau des administrations françaises sans que la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne constitue un obstacle de principe.

Au même titre que pour les personnes publiques, la liberté de traiter des données personnelles se trouve impliquée par la liberté pour toute institution privée de s'administrer.

### *B/ Un principe fondé sur la liberté d'entreprise*

Les occurrences les plus nombreuses, et de loin, des utilisations par les personnes privées de traitements de données personnelles se trouvent dans le domaine de l'administration d'institutions privées et, pour leur immense majorité, concernent la liberté d'entreprendre<sup>550</sup>. Pour autant, ces usages demeurent peu lisibles car l'exercice pour son titulaire de la liberté de traiter les données personnelles d'autrui se caractérise pour son destinataire comme un pouvoir (1). Mais, une fois surmontée cette difficulté, il apparaît que la liberté de traiter des données personnelles est consubstantielle à la liberté d'entreprendre. En effet, de tels traitements de données s'inscrivent directement dans le cadre des libertés reconnues à l'entrepreneur et à l'entreprise: la liberté de rendre cette entreprise efficace et, par là même, la liberté de l'organiser d'une part et d'en assurer la discipline d'autre part<sup>551</sup> (2).

548 DELAUNAY Bénédicte, « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », *AJDA*, 20 juin 2011, p. 1181.

549 L'examen de l'article 16 A I subordonne explicitement cette liberté au respect des obligations pertinentes de la loi du 6 janvier 1978, mais il ne l'entrave pas par principe. Le rappel aux obligations de cette loi innerve d'ailleurs l'ensemble de l'article.

Ainsi, le premier alinéa de l'article 16 A-I subordonnant la libre disponibilité à la demande de l'utilisateur ne fait que traduire l'obligation de recueillir le consentement de l'intéressé pour traiter des données personnelles le concernant.

Le second alinéa faisant référence aux informations que l'administration « se procure directement auprès d'autres autorités administratives françaises, dont elles émanent ou qui les détiennent en vertu de leur mission » ne fait que traduire l'exigence combinée de loyauté, nécessité, proportionnalité et finalité des traitements de données personnelles. En effet, d'après ces principes, une administration ne peut détenir des informations personnelles à l'égard d'un individu que dans la mesure où cela est nécessaire à sa mission.

Le troisième alinéa relatif aux obligations d'informations de l'administration quant aux droits d'accès et de rectification de l'utilisateur sur ses données est une référence explicite et redondante à la disposition correspondante de la loi du 6 janvier 1978. La deuxième phrase de ce troisième alinéa fait quant à elle mention explicite de la procédure de contrôle préalable de la CNIL sur de tels dispositifs d'échanges de données, ainsi que de la notion de données sensibles à caractère médical à travers la référence au secret médical.

550 Liberté de moyen et non de fin, la liberté de traiter des données personnelles peut virtuellement prolonger toute autre liberté. Seules les plus importantes d'un point de vue quantitatif et qualitatif seront évoquées, dont la liberté d'entreprendre pour ce qui concerne l'activité des personnes privées.

551 Ainsi, à l'entrée « *Ordinateur* » dans l'ouvrage *Droits et libertés dans l'entreprise de A à Z*, François Lefebvre, 2009 correspond ce propos introductif p. 535: « L'ordinateur est devenu un outil quasi incontournable dans

## 1) Une liberté et non uniquement un pouvoir de l'employeur

La quasi-totalité des contributions d'auteurs travaillistes relatifs aux « libertés dans l'entreprise » ne porte strictement que sur les droits et libertés fondamentales des salariés, sans dire mot de celles des entrepreneurs ou entreprises<sup>552</sup>. *A contrario*, de rares auteurs adoptent une vision plus équilibrée des intérêts en jeu et évoquent volontiers, au sein de l'entreprise, une conciliation entre, d'une part, les droits et libertés des salariés et, d'autre part, les droits et libertés de l'entreprise<sup>553</sup>. La réalité va plus loin en ce que la liberté d'entreprendre constitue le socle matriciel de l'entreprise. A ce titre, au sein de l'entreprise, elle est le principe et sa restriction, fût-ce pour des motifs de protection des droits fondamentaux, l'exception. Cette prévalence de principe se trouve confirmée explicitement par la jurisprudence. Malgré cela, cette prévalence ne connaît que rarement une formulation positive, réduisant la liberté d'entreprendre aux pouvoirs qui y sont liés.

Ainsi, une partie de ces auteurs souligne le paradoxe apparent qui consiste en ce que « dans la relation de travail, les libertés se traduisent le plus souvent en *droits* pour les salariés et en *pouvoirs* pour l'employeur (pouvoir de direction, de gestion, disciplinaire) »<sup>554</sup>. La liberté d'entreprendre, qualifiée comme telle lorsqu'elle ne désigne que la faculté d'agir *in abstracto* reconnue à l'entrepreneur et à l'entreprise, devient un pouvoir quand elle entre en contact avec les droits et libertés fondamentales du salarié.

En jurisprudence, la prévalence de la liberté d'entreprendre sur ces droits fondamentaux devient le principe et sa restriction l'exception, pour autant que les atteintes que cette liberté porte à ces droits soient d'une part nécessaires et proportionnés à une fin légitime, d'autre part effectuées de manière loyale. Cette différence de traitement dans l'entreprise entre la liberté de l'employeur et celle de l'employé se justifie par le fait que ces deux ensembles de prérogatives ne se trouvent pas situés sur un pied d'égalité: la liberté d'entreprendre, en tant que principe

l'entreprise. L'informatisation des postes de travail, au départ accueillie avec quelques réticences par certains salariés, a bouleversé l'organisation et les méthodes de travail ainsi que les modalités du contrôle par l'employeur de l'activité de ses salariés ».

552 Pour une contribution particulièrement représentative de ce constat, voir WAQUET Philippe, « Les libertés dans l'entreprise », *RJS*, 2000, n° 5, pp. 335-345. Pour une étude générale et particulièrement approfondie sur la question de l'application du droit des données personnelles en droit social, voir DEMOULAIN Matthieu, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, thèse, Éditions Panthéon-Assas, 2012.

553 TEYSSIÉ Bernard, « Épilogue: sur le droit, l'intérêt et la prospérité », in *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, Actes colloque Aix, PUAM, 1994, p. 117: « Les mots ne sont jamais neutres. Traiter des droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise exprime un choix. D'autres auraient pu être opérés: étudier les intérêts des salariés face aux droits fondamentaux de l'entreprise, les intérêts des salariés face aux intérêts de l'entreprise, ou encore (...) les droits fondamentaux des salariés face à ceux de l'entreprise.

*Droits fondamentaux des salariés*: le salarié se marie s'il le veut, quand il le veut, avec qui il veut ; il adhère au parti politique dont il se sent le plus proche ; il pratique les loisirs qui lui conviennent ; il achète la voiture qu'il souhaite.

*Droits fondamentaux de l'entreprise*: l'entreprise agrège ceux qu'elle estime être les meilleurs de la communauté humaine qu'elle forme ; elle adopte les mesures qu'exigent l'édification et la protection de son image ; elle prend les initiatives nécessaires à l'efficacité de son action. Exit l'iroquois aux cheveux jaunes, la comptable aux seins nus, le propagandiste de la foi qui confond atelier et lieu de culte ».

554 CASAUX-LABRUNEE Lise, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », *DS*, 2008, n° 11, p. 1033. Un tel constat vaut de manière générale pour la matière. Ainsi, l'ouvrage précité *Droits et libertés dans l'entreprise de A à Z*, Éditions Francis Lefebvre, 2009, ne comporte en guise de droits et de libertés que la seule étude de ceux dont jouissent les salariés. Nulle part ne figure la liberté d'entreprendre si ce n'est au début du propos introductif, p. 4, qui n'évoque que le « pouvoir de direction » de l'employeur.

matriciel de l'entreprise elle-même<sup>555</sup>, est le principe, et sa restriction, l'exception. Une telle différence se justifie par l'existence d'un lien de subordination découlant pour le salarié de la conclusion du contrat de travail. La conclusion de ce contrat équivaut à un renoncement libre mais partiel à certains de ses droits et certaines de ses libertés en échange d'une rémunération: le salarié, par le contrat de travail, accepte volontairement de subordonner dans le cadre du travail ses facultés à l'accomplissement de la liberté d'entreprendre de son cocontractant.

La liberté d'entreprendre apparaît donc comme majoritairement dominante en cas de conflits avec les droits et libertés fondamentales du travailleur, pour autant que la finalité effectivement poursuivie soit l'intérêt de l'entreprise et que les mesures prises en son nom paraissent proportionnées à ce but. Malgré cela, la liberté d'entreprendre ne connaît à un niveau législatif qu'une consécration négative<sup>556</sup>. En effet, tel pourrait être en résumé l'apport des lois du 4 août 1982 et du 31 décembre 1992, qui ont introduit un article L. 120-2 devenu L. 1121-1 dans le code du travail: « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »<sup>557</sup>. L'introduction d'un tel principe dans le droit du travail a certes constitué une avancée en terme de protection des droits et libertés fondamentales des salariés dans l'entreprise en ce qu'il proscriit formellement *a priori* toute atteinte arbitraire de l'employeur envers les droits et libertés fondamentales de ses employés. Mais cette avancée apparaît dans le même temps ambivalente en ce que s'il est possible d'imputer à ces deux réformes « la visée d'un accroissement de la protection des droits et libertés des travailleurs, il faut dans le même temps souligner que cette introduction a aussi eu pour sens de préserver et

555 RIVERO Jean, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *DS*, 1982, p. 422: « L'entreprise naît de l'exercice d'une liberté, celle du chef d'entreprise, qui décide de sa création et lui assigne sa finalité ».

556 Voir notamment, comme étant assez représentatif de cette opinion: ROUDIL Albert, « Le droit du travail au regard de l'informatisation », *DS*, 1981, n° 4, p. 313: « Au plan de l'entreprise, le pouvoir de l'employeur tend à peser sur les droits du salarié qui représentent une entrave à sa liberté d'action ».

557 La loi du 4 août 1982 a modifié l'article L. 122-35 du code du travail pour y insérer l'exigence de proportionnalité. Son alinéa premier dispose en effet que le règlement intérieur « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». La loi du 31 décembre 1992 élargit le champ de cet article en remplaçant « le règlement intérieur ne peut » par l'expression « nul ne peut ».

La réforme de 1982 apparaît comme moins protectrice que la jurisprudence administrative antérieure en la matière. La loi de 1992 apparaît rétrospectivement comme une généralisation de cette jurisprudence antérieure. En effet, le principe de proportionnalité comme principe de limitation des pouvoirs de l'employeur, ébauché par cet arrêt, a été explicité par la décision *CE, Ass., 1er février 1980, Ministre du Travail c/ Société « Peintures Corona »*, Rec. p. 59. Dans le cadre de cette dernière jurisprudence, ce principe s'avérait d'une portée particulièrement étendue en terme de protection des droits fondamentaux des travailleurs, en ce qu'il revenait sur l'étendue des dérogations accordées à l'employeur pour empiéter sur les droits fondamentaux des salariés. Ainsi, cet arrêt énonce que « lorsque le chef exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus (...) pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché ». Cette décision n'apporte qu'une formalisation plus explicite d'un principe dégagé antérieurement par la même juridiction dans son arrêt *CE 16 mars 1962, Compagnie générale des tramways électriques d'Oran*, Rec. p. 176. A l'origine de cet arrêt était posée la question de la légalité d'un règlement intérieur énonçant l'obligation pour les femmes des agents de l'entreprise de ne pouvoir tenir un commerce qu'après autorisation de la direction sur demande écrite. Le Conseil d'État considère que: « cette disposition, en soumettant ainsi dans tous les cas à une autorisation qui n'est pas prévue par aucun texte l'ouverture d'un commerce quelconque par la femme d'un agent de la Compagnie, apporte à la libre activité des intéressées une limitation qui excède, par sa généralité, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait édicter en vue d'assurer, dans certains cas, le bon ordre et la discipline de l'entreprise ». La limite des pouvoirs de l'employeur à l'égard de la jouissance des droits fondamentaux du salarié se trouvait alors fixé à ce qui était nécessaire pour assurer « dans certains cas, le bon ordre et la discipline de l'entreprise ».

légitimer le règlement intérieur »<sup>558</sup>. En effet, cet article semble plus révélateur par ce qu'il énonce en négatif, à savoir une liberté de l'employeur de porter atteinte aux droits fondamentaux de ses employés dans la mesure où cette atteinte est proportionnée et nécessaire à son but. Cette liberté se formalise notamment au travers du contenu du règlement intérieur de l'entreprise. Le législateur a alors, en négatif, « reconnu aux employeurs un droit fondamental: celui d'apporter des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles »<sup>559</sup>. Le caractère licite de ces atteintes découle ainsi tant de l'adéquation et de la nécessité de l'atteinte aux finalités poursuivies que du consentement préalable de l'employé à ces atteintes par la conclusion volontaire d'un contrat de travail l'inscrivant dans un rapport de subordination.

## 2) Un prolongement de la liberté de gestion et du pouvoir de contrôle

La liberté d'entreprendre possède deux facettes: elle signifie d'une part « la liberté de choisir l'objet de l'utilisation de ses moyens de production, et la liberté d'en choisir la structure » ; d'autre part, « le libre usage du travail et le libre usage du capital »<sup>560</sup>. Elle se manifeste concrètement de deux façons privilégiées: d'une part, en tant que « liberté de diriger les salariés de l'entreprise » et , d'autre part, dans la « liberté de gestion du capital de l'entreprise »<sup>561</sup>.

En tant que faculté impliquée par la liberté d'entreprendre, la liberté de traitement des données personnelles constitue alors le principe dans l'entreprise pour peu qu'elle se conforme à ces principes communs au respect par l'employeur de l'ensemble des droits fondamentaux de ses employés. L'exercice d'une telle liberté n'aboutit pas à créer en soi une nouvelle liberté fille de la liberté d'entreprendre mais seulement d'accroître la portée des droits et libertés déjà reconnus à l'entrepreneur et à l'entreprise. Pour ainsi dire, « l'informatisation confère au pouvoir de l'employeur une « force de frappe » plus grande, qu'il s'agisse du pouvoir de direction économique ou du pouvoir disciplinaire »<sup>562</sup>. Elle emprunte alors les finalités de la liberté d'entreprendre en tant que liberté de gestion d'une part, et pouvoir disciplinaire d'autre part, et se contente de donner une ampleur nouvelle à des problématiques déjà existantes<sup>563</sup>.

La liberté de traiter des données personnelles est ainsi impliquée à titre principal par la faculté libre de gestion d'entreprise. En effet, la gestion d'une entreprise a pour objet la recherche de profit. Elle implique ainsi de rechercher une adéquation entre son organisation interne et le monde extérieur. Cette recherche d'adéquation implique une liberté dans l'adaptation des moyens de l'entreprise à cette fin<sup>564</sup>. Cette liberté a fait l'objet de consécration globales ou partielles par

558 GENIAUT Benoît, *La proportionnalité dans les relations du travail*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, p. 71.

559 BUY Michel, « Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise: un conflit de logiques », in *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, Actes colloque Aix, PUAM, 1994, p. 12 ; CASAUX-LABRUNEE Lise, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », *DS*, 2008, n° 11, p. 1034.

560 DELVOLVÉ Véronique, *La liberté d'entreprendre*, thèse, Paris II, 2002, p. 212.

561 DELVOLVÉ Véronique, *op. cit.*, p. 244.

562 ROUDIL Albert, *op. cit.*, p. 308.

563 ROUDIL Albert, *op. cit.*, p. 314: « Comme cela peut se constater sur d'autres points, l'automatisation ne change rien mais accentue la portée de ce qu'elle ne change pas. Elle ne change rien en ce que les informations collectées l'étaient déjà » ; LENOIR Christian et WALLON Bertrand, « Informatique, travail et libertés », *DS*, 1988, n° 3, p. 231: « L'informatisation des moyens de communication crée moins des atteintes nouvelles aux libertés fondamentales ou plus généralement des problèmes juridiques nouveaux, qu'elle ne révèle des situations d'infractions, préexistantes... quitte à en amplifier la portée ou encore à faciliter leur mise en œuvre ».

564 FRAISSINIER Virginie, *op. cit.*, p. 36: « La gestion et l'exploitation « ont pour objectif la recherche du profit ». La liberté d'organiser l'entreprise est alors une prérogative fondamentale puisqu'une telle liberté doit permettre à l'entrepreneur de se moderniser, de s'adapter aux changements de production et aux évolutions techniques, de

les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation. Ainsi, le premier a reconnu très tôt la faculté d'accéder à une profession et de l'exercer librement<sup>565</sup>. Il a par la suite complété et précisé ce principe en considérant que la « liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de la gestion de l'entreprise, [implique de] pouvoir choisir ses collaborateurs »<sup>566</sup> et en faisant référence aux « choix stratégiques de l'entreprise qui relèvent, en vertu de la liberté d'entreprendre, du pouvoir de gestion du seul chef d'entreprise »<sup>567</sup>. La Cour de cassation relève, quant à elle, que « l'employeur est responsable de l'organisation, de la gestion et de la marche générale de l'entreprise, (...), que ce pouvoir de direction découle directement du principe fondamental de la liberté d'entreprendre tel qu'il résulte lui-même du principe de la liberté du commerce et de l'industrie »<sup>568</sup>. La liberté d'entreprendre implique donc plusieurs composantes qui nécessitent l'adoption de traitements de données, notamment personnelles.

Elle implique d'abord pour l'entrepreneur le libre choix des moyens de l'entreprise ainsi que la liberté de réformer ou d'adapter ces choix<sup>569</sup>, notamment aux évolutions technologiques<sup>570</sup>. L'introduction de moyens informatiques en relève. Historiquement, ces moyens ont été introduits dans l'entreprise dans un but similaire à celui poursuivi par les personnes publiques: la recherche d'une plus grande efficacité. L'informatisation des entreprises se présente alors dans ce cadre «comme une politique de restructuration de l'appareil économique articulée à de la technologie »<sup>571</sup>. Elle implique ensuite pour l'entrepreneur le libre choix de ses collaborateurs<sup>572</sup>

répondre à la demande des consommateurs ou encore de procéder à des restructurations tant en personnel qu'en matériel. La liberté d'entreprendre, sous son aspect liberté de gestion, sous-tend ainsi le droit « de choisir une politique commerciale, les fournisseurs et les clients, de s'endetter ou de s'autofinancer », de choisir les méthodes de production ou encore la création, suppression ou transformation des activités, la liberté d'employer et de licencier du personnel, de choisir ses collaborateurs, « de faire travailler autrui », de faire des choix économiques, financiers, technologiques, fiscaux ou encore sociaux. L'entrepreneur est libre de réaliser du profit, de le réinvestir, de le risquer dans des opérations nouvelles. La liberté de gestion et d'exploitation ». Voir également CATALA Nicole, « L'entreprise », in *Traité Dalloz de Droit du Travail*, tome 4, 1980, p. 188: « A l'origine de l'entreprise s'exercent plusieurs choix: le choix de son statut, de sa forme juridique d'une part; le choix, d'autre part, de l'organisation technique de nature à réaliser les fins économiques que l'on a fixées. Important, chacun de ces choix n'est pas pour autant définitif: représentant les apporteurs de capitaux, le chef d'entreprise a la faculté de leur proposer toutes les modifications juridiques, et de réaliser tous les aménagements techniques qu'il juge utiles. On peut même considérer cette adaptation constante de la firme comme un des impératifs de sa fonction d'entrepreneur ».

565 Décision n° 76-87 L, 3 mars 1976, *Rec.*, p. 49.

566 Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, Recueil, p. 119 - *JORF* du 21 juillet 1988, p. 9448.

567 Décision n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Recueil, p. 49 – *JORF* du 18 janvier 2002, p. 1053.

568 Cass. soc., 21 juin 2000, n° 98-41585.

569 CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, §49 :« le droit à la liberté d'entreprise comprend notamment le droit, pour toute entreprise, de pouvoir librement disposer, dans les limites de la responsabilité qu'elle encourt pour ses propres actes, des ressources économiques, techniques et financières dont elle dispose ».

570 CATALA Nicole, *op. cit.*, pp. 325-326: « Le pouvoir de direction du chef d'entreprise ne l'autorise pas seulement à affecter ses collaborateurs aux postes de son choix et à influencer de manière déterminante leur situation professionnelle ; il comporte aussi, plus naturellement encore si l'on peut dire, le droit de leur imposer le respect de leurs horaires, l'usage de tel outillage, l'application de telle méthode. La faculté d'organiser le travail – c'est à dire d'aménager les locaux et les installations techniques, de choisir les processus et les méthodes, de déterminer les opérations confiées à chaque agent – constitue une prérogative fondamentale des dirigeants d'entreprise. C'est en grande partie leur quête persistante d'une rationalité et d'une efficacité *maxima* qui a permis une croissance économique sans précédent durant plus de deux décennies ».

571 ROUDIL Albert, *op. cit.*, p. 307.

572 DELVOLVÉ Véronique, *op. cit.*, p. 245: « Libre d'usage des moyens de production, la liberté d'entreprendre signifie la liberté de diriger les salariés qui constituent le moyen de production – travail. Cette liberté se

ainsi que la gestion des ressources humaines qui en découle. Elle implique également, dans le cadre d'une recherche de profit de son activité, de pouvoir le cas échéant s'assurer de la rentabilité de ses opérations économiques. Cette assurance peut passer par l'examen de la solvabilité de son cocontractant, impliquant parfois la pratique dite du *scoring*<sup>573</sup>, c'est à dire de l'évaluation par le biais d'un ensemble de critères auxquels peut être affecté un coefficient variable, comme celui de la nationalité pour un candidat à la souscription d'un emprunt. Cette recherche de rentabilité peut également impliquer le démarchage publicitaire, ce qui implique une certaine liberté dans la constitution et l'exploitation des fichiers de clientèle<sup>574</sup>. Elle implique enfin, dans le cadre d'entreprises spécialisées dans la fourniture de services, un certain nombre de traitements de données personnelles nécessaires à l'accomplissement de cette prestation, notamment dans le domaine des assurances ou de la banque<sup>575</sup>.

Tous ces choix de gestion peuvent se traduire par l'adoption de relations contractuelles. Désormais, dans le cadre d'un nombre croissant de relations contractuelles et précontractuelles passées par une entreprise, des traitements de données sont opérés qui impliquent une certaine liberté dans leur adoption. Dans une phase précontractuelle, l'entreprise peut être tentée de rationaliser sa procédure de recrutement ou de démarchage de clientèle par l'usage informatique des informations dont un contractant dispose à l'égard de l'autre. Une telle rationalisation se manifeste ainsi couramment par l'adoption, la mise à jour et l'exploitation de fichiers de clientèles et de prospects. L'usage de la liberté de traiter des données personnelles apparaît alors comme un prolongement naturel de la liberté contractuelle, et ce tant à l'égard de contractants certains (fichiers de clients) que de contractants potentiels (fichiers de prospect)<sup>576</sup>.

manifeste d'abord dans le choix de ses salariés ».

573 GAUDEMET Mathieu et PERRAY Romain, « « Scoring » et protection des données personnelles: un nouveau régime à l'efficacité incertaine », *LPA*, 30 mai 2006, n° 107, pp. 8-10.

574 Pour une illustration du caractère répandu et parfaitement intégré au jeu concurrentiel, voir Conseil de la concurrence, Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, points n° 3 et 14: « L'utilisation croisée des bases de clientèle est une pratique répandue, par laquelle une entreprise utilise des informations relatives à ses propres clients, recueillies sur un marché donné, pour commercialiser auprès de ces mêmes clients un autre produit sur un marché distinct » ; « Dans un contexte concurrentiel classique, l'utilisation croisée de bases de clientèle, seule ou associée à d'autres techniques de commercialisation, est généralement considérée par les autorités de concurrence comme pouvant dynamiser les marchés concernés et donc intensifier la concurrence. En effet, ces techniques ont généralement pour effet de permettre aux entreprises d'économiser certains coûts de commercialisation de leurs produits, liés notamment à la collecte de l'information. L'économie réalisée par les entreprises peut ensuite être répercutée sur les consommateurs ».

575 CATALA Pierre, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *Rec. Dalloz*, 1994, chronique, p. 102: « Aussi est-ce en la personne des tiers et non du sujet qu'il faut rechercher l'existence éventuelle d'un droit aux données nominatives d'autrui. La situation est claire lorsque la loi impose certaines déclarations (recensement de population, déclarations fiscales...). D'autres fois, bien qu'aucun texte n'y oblige, la communication d'informations personnelles est pratiquement inéluctable parce qu'elle forme la condition *sine qua non* des accords que l'on est amené à passer avec des interlocuteurs nécessaires (assureurs, banquiers). Mais le droit commun est celui de la libre communication, aujourd'hui formulé par les art. 25 à 28 de la loi du 6 janvier 1978. Il n'existe pas un droit général aux données concernant la personne d'autrui: ainsi le veut le respect de l'intimité ».

576 GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 327, 2000, pp. 248-249: « alors que le contrat pourrait être le lieu par excellence d'un possible dévoilement, d'une connaissance affinée de la personnalité de l'individu, il ne se présente le plus souvent que comme une rencontre instrumentale, anonyme. (...). Toutefois, si le désintérêt est sans doute l'attitude la plus fréquente que les contractants adoptent l'un envers l'autre, il n'est pas la seule. Parfois, c'est bien contre l'excès d'intérêt – entendons l'excès de curiosité- que le droit doit protéger les parties à un contrat ». Dans ce cas, « l'encadrement de la connaissance est donc la manifestation d'une forme particulière d'équilibre contractuel ».

Dans la phase à proprement parler contractuelle, un contrat peut impliquer pour la délivrance de la marchandise ou de la prestation de services la mise en œuvre d'un traitement. Le consentement de la personne fichée à ce traitement est alors présumé, caractérisant une liberté par principe de traitement de données personnelles<sup>577</sup>.

Si l'existence d'un droit à l'information des personnes publiques s'explique par son caractère « indispensable pour assurer un service public efficace », l'existence d'un tel droit au profit de personnes privées « s'appuie sur l'existence d'une relation contractuelle voulue par le fiché et les exigences de sa bonne exécution »<sup>578</sup>. A cet égard, en ce qui concerne les personnes privées, il est d'ailleurs possible de considérer la liberté de traiter les données personnelles comme une conséquence du principe de la liberté d'entreprendre, et ce non uniquement dans le cadre restreint de la commercialisation des données personnelles mais, plus généralement, dans le cadre de la liberté du choix de ses méthodes de travail et facteur de production<sup>579</sup>. En effet, dans la mesure où l'informatique se définit comme la science du traitement rationnel l'information, par le biais d'ordinateurs ou non, la liberté de recourir à des traitements de données personnelles peut être rattachée à ce sous-ensemble de la liberté d'entreprendre qu'est la liberté de gestion, impliquant aussi bien celle de choisir ses modes de production comme de commercialisation que celle d'organiser le travail librement<sup>580</sup>.

La liberté d'entreprendre implique dans une moindre mesure l'exercice du pouvoir disciplinaire<sup>581</sup>. Ce dernier entraîne tendanciellement et de manière croissante une certaine liberté de traitement des données personnelles qui ne se manifeste pas comme telle mais comme un pouvoir, à l'instar de la liberté d'entreprendre, dès lors qu'elle entre en contact avec les droits et libertés du salarié. Ainsi, l'usage de traitements de données personnelles à de telles fins n'apparaît pas qualifié autrement que comme une pratique de « contrôle social »<sup>582</sup> et, dans une formulation plus récente, comme une pratique de « cybersurveillance »<sup>583</sup>. Cette liberté de diriger ses salariés<sup>584</sup>

577 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, *précit.*. Son article 7 a) pose le principe du consentement de la personne fichée à figurer dans un traitement de données, mais son article 7 b) retient comme exception à ce principe le fait que ce traitement soit « nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ». LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 131: « La directive, avec raison, considère que la conduite d'un processus contractuel implique implicitement le consentement à un traitement lié par nécessité ».

578 POULLET Yves, « L'informatique menace-t-elle nos libertés? », in *La télématique, aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des Facultés de Notre-Dame de Namur, Story-scientia, Tome 1, p. 203.

579 BRAIBANT Guy, *op. cit.*, p. 12 : « Les traitements de données personnelles sont indispensables à la gestion des principales fonctions de l'entreprise: ressources humaines, gestion des rémunérations, suivi de la clientèle (...), marketing et prospection commerciale, relations publiques, recherche- développement, sécurité »; et p. 13: « le droit de commercialiser des données personnelles se rattache à la liberté d'entreprendre. (...) (...) la liberté d'entreprendre des agents du marché de l'information s'étend à la collecte, au traitement, et à l'échange des données personnelles ».

580 CLAMOUR Guylain, *Fascicule 1340 : Libertés professionnelles et liberté d'entreprise*, Jurisclasseur Libertés, §§ 23 et 26.

581 CATALA Nicole, *op. cit.*, p. 363: « Corollaire de son pouvoir de direction et de réglementation, le pouvoir disciplinaire apparaît comme l'une des prérogatives traditionnelles du chef d'entreprise ».

582 ROUDIL Albert, *op. cit.*, p. 314: « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés pose des principes qui ne manquent pas d'intérêt, en même temps qu'elle légalise une pratique de contrôle social ».

583 GOURION Pierre-Alain et RUANO-PHILIPPEAU Maria, *Le droit de l'Internet dans l'entreprise*, LGDJ, 2003, p. 99 et s. ; FÉRAL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, p.127 et s.

584 DELVOLVÉ Véronique, *op. cit.*, p. 245: « la liberté d'entreprendre signifie aussi la liberté de diriger ses salariés ».

implique ainsi la liberté par principe des procédés de géolocalisation, d'alerte éthique et de surveillance des messageries électroniques.

De l'ensemble de ce qui précède, il résulte de ce qu'en droit interne, la liberté d'administration de toute institution, publique ou privée, fonde la liberté de traitement des données personnelles mais que cette relation ne peut être qu'implicite. Tel n'est pas le cas dans l'ordre juridique international, qui établit, en comparaison, un rapport direct de filiation entre ces deux types de liberté.

## §2 - Une notion explicite en droit international

La liberté d'administration mise en évidence dans l'ordre interne trouve un prolongement de plus en plus net dans l'ordre international. Ce prolongement concerne aussi bien la liberté d'administration des personnes privées avec le développement des entreprises multinationales que la liberté d'administration des personnes publiques avec le développement de la coopération administrative internationale. Toutefois, il n'emporte d'explicitation que dans sa deuxième branche, en raison de l'absence de règles claires régissant en droit international les entreprises multinationales<sup>585</sup>. Dans cette seconde branche, ce phénomène tend à s'amplifier et à s'approfondir, en évoluant en droit de l'UE vers un modèle d'administration indirecte. Liberté de gestion administrative, la liberté de traiter des données personnelles s'avère tout aussi nécessaire à la gestion de questions d'intérêt général international que national. Mais la situation de cette liberté en droit international apparaît différente non dans son principe mais dans ses modalités.

En effet, le principe même de l'emploi des moyens matériels les plus adaptés à une tâche de gestion administrative conserve la même pertinence aussi bien en droit interne qu'en droit international. Mais à la différence de la situation caractérisant l'ordre interne français, la liberté de traiter des données personnelles n'a pas pu être consacrée de manière implicite en droit international.

Un tel constat peut paraître de prime abord surprenant tant au regard de l'apparente innocuité d'une telle liberté que de l'application en droit international de la théorie des compétences implicites pour des finalités identiques à celles du droit interne. Ainsi, en droit international administratif, dès lors qu'une institution de droit international est créée et que son acte d'établissement ne réalise pas un inventaire exhaustif de l'ensemble des dispositions nécessaires à l'accomplissement de sa finalité, la théorie des pouvoirs implicites trouve ordinairement à s'appliquer<sup>586</sup>.

585 Les entreprises multinationales impliquent, de par leur existence même, une certaine liberté de traitement des données personnelles, se traduisant notamment par une liberté de circulation transfrontières de ces données pour le bon fonctionnement de l'institution (sur la nécessité d'un tel traitement d'information pour la survie de toute institution, voir *supra*, section précédente). Leur définition est cependant floue: voir GOLDMAN Berthold et FRANCESCOAKIS Phocion (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Librairies techniques, 1977. Il en existerait ainsi deux définitions. La première est économique, p. 50: « il s'agit d'une entreprise qui, de par son organisation, constitue une unité économique réelle qui s'oppose à un fractionnement juridique apparent et d'une entreprise dont l'horizon économique dépasse les frontières d'une ou de quelques nations pour atteindre une perspective mondiale ». La seconde est juridique, p. 67: « L'entreprise multinationale est constituée par un groupe d'entreprises privées reliées par certains liens juridiques, obéissant à une stratégie commune et réparties dans des territoires soumis à des souverainetés étatiques différentes ».

586 Pour une présentation d'ensemble du phénomène, voir ROUYER-HAMERAY Bernard, *Les compétences implicites*

Tel n'a pas été le cas en matière de liberté de traitement des données personnelles. Cela s'explique du fait que le caractère implicite de la jouissance et de l'exercice d'une liberté de gestion n'est possible pour les personnes publiques que dès lors que cette liberté s'exerce dans le cadre de l'ordre intérieur du service. Or, un tel ordre intérieur n'existe qu'au sein d'une même institution. Il en découle que la gestion d'une problématique administrative commune par des personnes publiques distinctes implique l'inexistence *a priori* de cet ordre intérieur mais la juxtaposition d'ordres intérieurs distincts en la personne des différentes administrations collaborant entre elles. Cette inexistence entraîne alors logiquement l'inapplication de la théorie des pouvoirs implicites et, par conséquent, le retour à un régime de compétences d'attribution impliquant l'explicitation de ces libertés de gestion.

Il existe ainsi dans l'ordre international une tendance au développement de l'administration indirecte (A) qui implique, dans un souci d'effectivité, l'échange par principe d'informations, y compris personnelles (B).

### *A/ L'émergence d'un modèle d'administration internationale indirecte*

Cette émergence doit s'analyser dans le cadre du développement plus général de la théorie du droit administratif global<sup>587</sup> qui a connu des développements récents en dépit d'une existence déjà ancienne en tant que droit administratif international<sup>588</sup>. Son développement constitue le symptôme le plus visible du développement d'une administration internationale indirecte plus ou moins formalisée<sup>589</sup>. Dans l'ordre juridique international, cette évolution se traduit de manière informelle par un processus d'administrativisation du droit international public<sup>590</sup>. Dans l'ordre juridique communautaire, qui constitue à juste titre selon l'expression du professeur Delmas-Marty un « laboratoire de la mondialisation »<sup>591</sup>, cette évolution se traduit de manière plus formalisée sous la forme du développement d'un droit administratif européen.

En droit international public, s'il est possible de mettre en lumière des phénomènes d'administration internationale, force est de constater qu'ils ne répondent pas à un modèle unitaire. Il est toutefois possible de dégager certaines tendances. Le modèle de l'administration internationale directe paraît peu répandu, en ce qu'il implique l'existence d'organes administratifs opérant directement la gestion d'un intérêt général international. Plus récemment, le modèle de l'administration directe tend à se développer, notamment dans le cadre du droit international économique. Le modèle le plus répandu est encore celui de la coopération. Dans ce cadre, la définition de l'intérêt général international poursuivi de manière décentralisée n'est pas le fait

*des organisations internationales*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit international, 1962.

587 CASSESE Sabino, « Le droit administratif global: une introduction », *DA*, mai 2007, pp. 17-26. Voir également AUBY Jean-Bernard, « Globalisation et droit public », in *Gouverner, administrer et juger*, Mélanges Waline, Dalloz, 2002 pp. 135-157.

588 Cette question sera développée *infra*, mais voir notamment : NEUMEYER Karl, « Le droit administratif international », *RGDIP*, Tome XVIII, 1911, pp. 492-499 ; GASCON Y MARIN José, « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, 1930, Tome IV, pp. 5-73 ; NEGULESCO Paul, « Principes du droit administratif international », *RCADI*, 1935, Tome I, pp. 583-689.

589 La question du développement du droit administratif international en lien avec le présent sujet étant développée *infra*, l'essentiel des développements subséquents se concentrera sur le modèle de l'administration internationale indépendamment du droit équivalent qu'elle a pu contribuer à susciter.

590 voir *infra*, titre 2, Chapitre 2, section 2.

591 DELMAS-MARTY Mireille, « L'espace judiciaire européen : laboratoire de la mondialisation », *Rec. Dalloz*, 2000, pp. 421-426.

d'une organisation internationale constituée mais émerge de manière informelle au sein de forums regroupant les États et/ou des organisations internationales. Cela explique l'aspect considérablement plus informel pris par ce phénomène en droit international public, qui trouve essentiellement son origine dans la difficulté de distinguer entre législation et administration en droit international. A cet égard, l'analogie doit être faite avec le droit communautaire, qui laisse observer une difficulté similaire<sup>592</sup>. Le professeur Isabelle Boucobza relève à cette égard qu'une telle difficulté n'est pas propre à l'ordre juridique communautaire en ce que la « définition de la « législation » comme activité purement créative de normes nouvelles et non application de normes préexistantes, née dans le contexte des constitutions flexibles, est liée à l'idée de « suprématie de la loi » ou « d'omnipotence du législateur » ». Une telle conception permet alors de distinguer celle d'administration, qui se définit alors comme l'« application d'une norme préexistante »<sup>593</sup>. De ce fait, ce phénomène n'est ordinairement pas perçu comme le développement d'un modèle administratif spécifiquement international, mais se trouve plus volontiers analysé par la doctrine comme une administrativisation du droit international public.

En droit européen, les modalités pratiques de l'administration internationale trouvent en revanche une expression particulièrement formalisée et diversifiée. En effet, l'organisation de la fonction administrative européenne ne répond pas à un schéma unitaire. Elle paraît plutôt éclatée entre les trois modèles ci-dessous exposés, dont celui de l'administration indirecte apparaît de loin comme le plus fréquent.

Le recours au modèle de l'administration directe apparaît comme limité et ce en vertu du principe de subsidiarité de l'action communautaire. L'administration directe est alors le fait des institutions et organes de l'Union, utilisant pour instruments juridiques essentiellement le règlement et la décision et comme ressources le budget de l'Union ainsi que ses agents. Un tel exemple d'administration directe est rare en droit communautaire, et limité aux domaines touchant au cœur de son activité<sup>594</sup>. Le recours à l'administration indirecte constitue le modèle dominant dans l'organisation de l'action administrative dans l'UE. L'administration indirecte est le fait des institutions et administrations des États membres et utilise un ensemble mixte de moyens juridiques, financiers et humains. Le caractère principal de l'administration indirecte s'explique par la prééminence du principe de subsidiarité<sup>595</sup>. La large domination de ce modèle explique que ses caractéristiques soient parfois présentées comme celles du modèle administratif européen même<sup>596</sup>. Enfin, le recours à la co-administration<sup>597</sup> paraît moins usité que le précédent tout en constituant une version plus avancée. La co-administration peut se définir comme « la

592 Et formulée en des termes identiques pour le droit communautaire par BOUCOBZA Isabelle, « La « co-administration » dans la production des normes juridiques communautaires », *DA*, décembre 2004, p. 8.

593 BOUCOBZA Isabelle, *op. cit.* p. 8.

594 Tel est encore actuellement le cas en matière de contrôle des concentrations, où la Commission continue d'examiner directement les demandes en la matière : voir le Règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* L 24 du 29 janvier 2004, p. 1.

595 ZILLER Jacques, « Introduction: les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen », in AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 242: « la compétence exclusive la plus typique de la Communauté est l'union douanière, et pourtant ce sont les États membres qui l'exécutent par leurs agents, en particulier les douaniers et autres corps de police spécialisés ».

596 SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, « Le modèle de l'« administration composée » et le rôle du droit administratif européen », *RFDA*, novembre-décembre 2006, p. 1248: La particularité de l'administration européenne résiderait ainsi « dans l'intégration, dans ses activités, de processus d'information, de soutien et de concertation réciproques entre les administrations impliquées. Seule cette collaboration permet de garantir l'efficacité de l'« administration de l'espace communautaire ».

597 BOUCOBZA Isabelle, *op. cit.*, p. 11 et ss.

coordination des deux types d'administration, directe et indirecte, qui passe par différentes modalités organisationnelles »<sup>598</sup>.

Le modèle de l'administration indirecte implique que l'« autorité publique française, dans sa mission d'exécution administrative du droit communautaire, s'insère dans un espace administratif ouvert, où elle agit en concertation avec la Commission et les autres États »<sup>599</sup>. Cette insertion prend pour le professeur Jean Sirinelli deux aspects, qui relèvent pour le premier de la coopération et le second de l'intégration. Le premier cas de figure caractérise une situation dans laquelle l'administration nationale conserve un pouvoir d'appréciation et de décision intégral. Dans ce cadre, « l'exécution administrative du droit communautaire s'effectue alors selon un modèle coopératif où l'administration française s'intègre dans des réseaux d'administration »<sup>600</sup>. Ces réseaux ont alors une vocation purement informative, plus ou moins institutionnalisée. Le second caractérise une situation dans laquelle le pouvoir de décision n'appartient plus en propre à l'administration nationale. Dans ce cas, « la mise en œuvre matérielle du droit communautaire est alors le produit d'une procédure complexe et hybride qui implique l'intervention de décisions successives, complémentaires et nécessairement liées, prises aux niveaux national et communautaire »<sup>601</sup>. Dans cette hypothèse, « les administrations nationales et communautaires sont distinctes et autonomes mais leur action unitaire »<sup>602</sup>. La tendance très forte au développement de ce mode d'administration coopératif en droit international implique, en tant que modalité pratique, le développement de l'échange par principe d'informations, notamment personnelles, entre les parties à cette opération.

### *B/ Un développement impliquant par principe l'échange d'informations*

Le processus d'administration implique, *per se*, le traitement d'informations notamment personnelles. Le droit communautaire le sait bien qui, assez tôt, a mis en place dans cette optique des casiers en matière de politique agricole commune<sup>603</sup>, et le rappelle d'ailleurs clairement au

598 ZILLER Jacques, *op. cit.*, p. 243.

599 SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 266, 2011, p. 184.

600 SIRINELLI Jean, *op. cit.*, p. 184.

601 SIRINELLI Jean, *op. cit.*, pp. 184-185.

602 SIRINELLI Jean, *op. cit.*, p. 185.

603 Règlement (CEE) n° 2392/86 du Conseil du 24 juillet 1986 portant établissement du casier viticole communautaire, JOCE n° L 208/1 du 31.7.1986, considérant n° 2: « Considérant qu'un tel casier est nécessaire pour obtenir les renseignements indispensables sur le potentiel de la protection afin d'assurer un bon fonctionnement de l'organisation commune du marché viti-vinicole, et en particulier des régimes communautaires d'intervention et de plantation ainsi que des mesures de contrôle » ; voir également l'avant dernier considérant: « Considérant que le casier, par les informations qu'il contient, constitue un instrument indispensable de gestion et de contrôle; qu'il importe, pour cette raison, qu'aussi bien les instances compétentes chargées de la gestion que celles responsables des contrôles puissent y avoir accès ». Voir également le Règlement (CEE) n° 1198/90 du Conseil du 7 mai 1990 portant établissement d'un casier agrumicole communautaire, JOCE n° L 119/59 du 11.5.1990, premier considérant: « Considérant que, en vue d'obtenir une meilleure orientation de la production ainsi qu'une amélioration du fonctionnement du régime communautaire de retraits et des mesures de contrôle, il apparaît nécessaire de disposer des données nécessaires concernant la connaissance du potentiel communautaire de production d'agrumes et, pour cela, de prévoir la réalisation d'un casier agrumicole pour chaque État membre producteur d'agrumes » ; voir également le cinquième considérant: « Considérant que le casier agrumicole, par les informations qu'il contient, constitue un instrument indispensable de gestion et de contrôle; qu'il importe, pour cette raison, que les instances communautaires compétentes puissent y avoir accès ».

frontispice de la proposition de règlement de janvier 2012<sup>604</sup>. La différence par rapport à cette situation banale en droit interne, est que, dans un contexte international, le recours à de tels traitements est considérablement accru dans le cadre d'un processus d'administration indirecte. La raison pour laquelle le nombre de systèmes de traitements de données ou de réseaux d'échange d'informations explose dans le cadre de l'UE est, pour ainsi dire, inscrite dans le génome de la construction communautaire. Le professeur Oberdorff l'explique et le résume ainsi : « les États membres de l'Union européenne ont choisi, dès l'origine, une stratégie de construction de l'Europe communautaire qui permette un exercice commun des compétences sans créer un État fédéral. Alors, le réseau constitué par les administrations nationales et l'administration communautaire est devenue indispensable à la gestion quotidienne des affaires européennes. Ainsi, la démarche communautaire politiquement originale d'intégration a donné naissance à un modèle administratif lui aussi très novateur, l'administration en réseau »<sup>605</sup>.

Le modèle de l'administration indirecte trouve donc naturellement un terrain d'expression particulièrement avancé en droit de l'union européenne, justifiant ainsi une restriction des développements directement subséquents à ce seul ordre juridique.

L'administration indirecte implique à ce point par principe un recours accru aux traitements de données personnelles que le phénomène a lui même un nom : l'« aire de partage de renseignements personnels » (1). A raison de la multiplication considérable des systèmes de traitements de données et de fichiers dans l'UE, une telle qualification trouve dans le droit positif une pleine confirmation (2).

### **1) Le principe de l'aire de partage de renseignements personnels**

Il se caractérise par une scission entre les finalités et les moyens d'une même idée d'œuvre. En effet, si la finalité de cette institution répond à une même idée d'œuvre, sa réalisation dépend intimement de la coordination de personnes publiques distinctes. L'ordre intérieur de cette institution, au sens que nous lui attribuons couramment<sup>606</sup>, n'existe pas alors en tant que tel. Il ne peut se déduire de la juxtaposition des ordres intérieurs des administrations collaborant ensemble : l'idée d'œuvre de chacune des administrations prises individuellement est distincte de celle animant leur mise en réseau. Toutefois, il se retrouve sous une forme atténuée comme principe d'effectivité d'une même entreprise institutionnelle. La raison en est que tant dans le cas de l'administration directe que de l'administration indirecte, l'efficacité de la réalisation de l'idée d'œuvre conditionne la pérennité de l'existence même de l'institution. Sauf que dans le cas de l'administration indirecte, la question du droit statutaire, c'est à dire des règles conditionnant son existence, est résolue par l'acte qui institue ses moyens en même temps que sa finalité. Ainsi, la loi du 6 janvier 1978 aboutissant à la création de la CNIL décrit aussi bien les finalités de cette institution qu'elle en définit les moyens. Dans cette configuration, les mesures d'ordre intérieur ne sont d'une part que les conséquences pratiques de ces dispositions de droit statutaire et, d'autre

604 Projet de règlement de janvier 2012, considérant 4 : « L'intégration économique et sociale résultant du fonctionnement du marché intérieur a conduit à une augmentation substantielle des flux transfrontières. Les échanges de données entre acteurs économiques et sociaux, publics et privés, se sont intensifiés dans l'ensemble de l'Union. Le droit de l'Union appelle les autorités nationales des États membres à coopérer et à échanger des données à caractère personnel, afin d'être en mesure de remplir leurs missions ou d'accomplir des tâches pour le compte d'une autorité d'un autre État membre ».

605 OBERDORFF Henri, « Une communauté administrative pour l'Europe ou l'administration en réseau », *PMP*, Volume 15, n° 3, septembre 1997, p. 1.

606 COMBEAU Pascal, *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, thèse, Bordeaux IV, 2000.

part, les mesures disciplinaires nécessaires à la cohésion de l'institution au jour le jour.

Mais dans le cas de l'administration indirecte, la question du droit statutaire est plus complexe en ce que la finalité et les moyens font le plus souvent l'objet de consécutions juridiquement distinctes. Il ne s'agit pas dans ce cas de créer des moyens *ex nihilo* mais de coordonner des moyens déjà existants: dans le cas de l'Union européenne, ils sont constitués pour leur immense majorité par ceux des administrations des États membres. La liaison entre le développement de cette coopération et la volonté de rendre effectives les politiques publiques menées dans un contexte d'administration indirecte, si elle innerve la coopération administrative internationale dans son ensemble, n'a été formalisée et juridicisée de manière complète qu'en droit de l'UE. Le développement d'une telle coopération administrative est impliqué pour deux raisons. La première est qu'une telle coopération conditionne l'effectivité du modèle d'administration indirecte. La seconde est qu'une telle coopération est consubstantielle au modèle de co-administration.

Le fondement de la coopération administrative des États membres de l'UE est double: implicite et explicite. Son caractère implicite et premier découle de l'interprétation large des dispositions lui assignant dans le même temps sa finalité, c'est à dire les dispositions relatives à l'effectivité de la mise en œuvre du droit et des politiques communautaires. Ce n'est que récemment que cette politique jouit explicitement de fondements spécifiques dans les traités communautaires, sans pour autant pouvoir se dissocier totalement de ses fondements implicites. En effet, de manière explicite, la coopération administrative est devenue dans le TFUE une compétence<sup>607</sup> à part entière de l'Union, régie par une procédure spécifique<sup>608</sup> et faisant l'objet d'un titre distinct<sup>609</sup>. Mais cette fonction explicite institutionnalisée depuis peu sous la forme d'une politique de l'Union à part entière est indissociable de son fondement implicite, à savoir la recherche de l'application effective des politiques de l'Union.

Une telle recherche d'effectivité peut en premier lieu être décelée au sein du principe de coopération loyale. Au terme de l'article 4,3 du TUE (ex 10 TCE), ce principe implique que « l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ». L'obligation formulée dans cet article et contenue dans l'ex-article 10 du traité TCE implique non seulement une obligation verticale de loyauté des États à l'égard de la Commission, mais également une obligation horizontale entre les autorités nationales dans la mise en œuvre de

607 TFUE, article 6: « L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne: a) la protection et l'amélioration de la santé humaine; b) l'industrie; c) la culture; d) le tourisme; e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport; f) la protection civile; g) *la coopération administrative* ».

608 TFUE, Article 74 (ex-article 66 TCE) : « Le Conseil adopte des mesures pour assurer une coopération administrative entre les services compétents des États membres dans les domaines visés par le présent titre, ainsi qu'entre ces services et la Commission. Il statue sur proposition de la Commission, sous réserve de l'article 76, et après consultation du Parlement européen » et Article 76 : « Les actes visés aux chapitres 4 et 5, ainsi que les mesures visées à l'article 74 qui assurent une coopération administrative dans les domaines visés à ces chapitres, sont adoptés: a) sur proposition de la Commission, ou b) sur initiative d'un quart des États membres ».

609 TFUE, TITRE XXIV, Article 197, 1 :« *La mise en œuvre effective* du droit de l'Union par les États membres, qui est essentielle au bon fonctionnement de l'Union, est considérée comme une question d'intérêt commun».

leurs obligations communautaires<sup>610</sup>. Ainsi, il est possible de considérer la coordination administrative entre États membres de l'Union comme la consécration distincte d'une facette du principe de coopération loyale, en tant que « la fonction principale assurée par le jeu de ce principe correspond à rien moins qu'un souci d'efficacité, d'effectivité du système institutionnel communautaire et de l'ordre juridique communautaire »<sup>611</sup>. Une telle fonction est d'ailleurs explicitement assignée à ce principe par le juge communautaire<sup>612</sup>.

Indépendamment de toute disposition relative au principe de coopération loyale, la recherche d'effectivité des politiques publiques communautaires est également constituée dans les traités de l'UE comme un élément indissociable de toute considération sur la coordination administrative, tel que le rappelle nettement le premier alinéa de l'article 197 du TFUE: « La mise en œuvre effective du droit de l'Union par les États membres, qui est essentielle au bon fonctionnement de l'Union, est considérée comme une question d'intérêt commun »<sup>613</sup>. Le caractère récent de l'institutionnalisation d'une telle coopération entre les États membres entre eux et avec les institutions de l'Union s'explique par l'entrée du processus de construction européenne dans une phase d'approfondissement impliquant la correction et l'amélioration des principes fondateurs<sup>614</sup>. Elle se manifeste, dans sa forme la plus aboutie, par la mise en réseaux des autorités nationales et européennes. La coordination de ce type la plus complète à ce jour se retrouve en droit de l'UE dans le domaine de la répression des pratiques anticoncurrentielles. En effet, par exemple, pour compenser le passage d'un système d'autorisation préalable centralisé à un système d'exception légale, le règlement 1/2003/CE a institué un réseau d'autorités publiques nationales de la concurrence.

Par ailleurs, la mise en œuvre de mécanismes de coopération administrative internationale est consubstantielle au phénomène même de la co-administration. Le développement de cette dernière conduit en effet « à une mise en connexion des administrations communautaires et des

610 CJCE, 11 juin 1991, *Athanasopoulos e.a. C/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-251/89, Rec. 1991, p. I-02797, §57.

611 BLANQUET Marc, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in AUVRET-FINCK Josiane (dir.), *L'union européenne carrefour de coopérations*, LGDJ et Centre d'Études du Droit des Organisations européennes (CEDORE), 1998, p. 121.

612 CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c/ République Hellénique*, aff. 68/88, Rec. 1989, p. 2965, §23: « l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire ».

613 Voir également SIRINELLI Jean, *op. cit.*, p. 186: « L'efficacité de l'exécution administrative du droit communautaire ne peut être pleinement garantie par des principes juridiques: elle exige, en outre, une adaptation institutionnelle des administrations nationales qui, seule, permettra la mise en œuvre coordonnée et cohérente des libertés et politiques communautaires. C'est ainsi que l'application matérielle du droit communautaire par les administrations nationales va entraîner l'émergence d'une coordination approfondie et la constitution de véritables réseaux d'autorités administratives ».

614 A cet égard, un parallèle peut être établi avec l'évolution retracée par le professeur Laurence Burgorgue-Larsen en matière de coopération purement interinstitutionnelle: BURGORGUE-LARSEN Laurence, « La coopération interinstitutionnelle, approche comparative et tentative de systématisation », in AUVRET-FINCK Josiane (dir.), *L'union européenne carrefour de coopérations*, LGDJ et Centre d'Études du Droit des Organisations européennes (CEDORE), 1998, p. 18: « La coopération inter-institutionnelle n'est pas en tant que telle consubstantielle à l'intégration. Dit autrement, l'intégration serait certainement possible avec la seule collaboration des États et l'agencement classique des compétences entre les institutions. Pour forcer le trait, on pourrait affirmer que l'intégration serait viable, chaotique mais viable, quand bien même les institutions communautaires n'auraient pas réussi à imaginer une kyrielle de techniques de collaboration. L'intégration serait lente, parsemée d'embûches, mais elle pourrait perdurer. En réalité, on voit bien que c'est l'intégration, son développement, son approfondissement, sa complexité croissante qui a généré le développement d'une coopération interinstitutionnelle poussée et ce pour répondre à plusieurs nécessités ».

administrations nationales entre elles »<sup>615</sup>. Dans la pratique, cela se traduit par la mise en place de procédures automatiques d'échanges ou par la constitution de fichiers interconnectés ou communs qui aboutit à la constitution dans certains domaines de véritables « aires de partage de renseignements personnels ». Pour le dire autrement, le fonctionnement en réseau, qui tend à s'ériger de plus en plus comme un modèle administratif au sein de l'UE, implique par principe l'échange d'informations, notamment personnelles<sup>616</sup>.

Le recours à la notion d'aire de partage de renseignements personnels est la marque la plus visible de l'institutionnalisation des échanges d'informations en tant que modalité classique de la coopération administrative internationale<sup>617</sup>. De tels échanges d'informations ont toujours existé mais leur fréquence, au coup par coup, diffère singulièrement de leur institutionnalisation de plus en plus fréquente. D'exceptionnels, ils deviennent, dans le cadre communautaire, ordinaires car nécessaires au bon fonctionnement de base du modèle administratif européen. Ainsi, sans ces échanges d'informations par principe entre administrations européennes et États membres, les politiques communautaires comme celle de la libre concurrence ne pourraient faire l'objet d'un contrôle<sup>618</sup>. Sans ces échanges d'informations, la possibilité d'une gestion administrative d'un espace ouvert et multinational ne serait tout simplement pas possible. Or, l'UE ne dispose pas de structures administratives sur l'ensemble du territoire et se trouve également confrontée aux problématiques de gestion administrative d'un espace ouvert: « la mise en œuvre matérielle du droit communautaire est assurée dans un espace ouvert, où l'achèvement du marché intérieur contribue aux développements des activités économiques transfrontalières. Cette double contrainte, tenant à la fois à l'éclatement de l'organisation administrative communautaire et à la complexité de ses missions d'administration d'activités extraterritoriales, suppose un besoin accru de coopération entre les administrations des États membres et de la Communauté »<sup>619</sup>.

615 DUBOS Olivier, *op. cit.*, p. 10.

616 Pour un tel constat, au moins en ce qui concerne le réseau européen des autorités de concurrence, voir IDOT Laurence, *Droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, 2004, p. 68: « L'échange d'informations est à la base du fonctionnement en réseau ». Ce constat ne fait lui-même que synthétiser une nécessité contenue en droit positif: voir Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE 2003 du 4 janvier 2003, L1 p. 1, considérants 15 et 16 du préambule: « (15) Il convient que la Commission et les autorités de concurrence des États membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération. À cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. La Commission fixe et modifie, en étroite coopération avec les États membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau. (16) Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent. (...) ». Voir également PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien - Lextenso Editions, 2013, p. 481 et ss.

617 Dont une des modalités privilégiées est l'échange d'information: voir TFUE, article 197, 2: « L'Union peut appuyer les efforts des États membres pour améliorer leur capacité administrative à mettre en œuvre le droit de l'Union. Cette action peut consister notamment à faciliter les échanges d'informations et de fonctionnaires ainsi qu'à soutenir des programmes de formation. Aucun État membre n'est tenu de recourir à cet appui. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures nécessaires à cette fin, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

618 SIRINELLI Jean, *op. cit.*, p. 14. Le rôle de « gardienne des traités » de la Commission se traduit, en matière de concurrence, par ce qui apparaît comme une administration de contrôle, impliquant ainsi nécessairement l'usage par principe de traitements de données personnelles.

619 SIRINELLI Jean, *op. cit.*, p. 186. Voir également à la même page, pour illustrer plus précisément ce dernier point: « La libre circulation des marchandises, services et personnes au sein de l'espace communautaire exige d'abord,

Dans ces conditions, les conventions bi ou multilatérales de coopération administrative apparaissent comme inadaptées à l'intensification des échanges d'information. Au regard de la complexité du droit des données personnelles, il n'est plus possible, ainsi que cela a été tenté au sein des premiers instruments communautaires confrontés à cette question en matière de politique agricole commune<sup>620</sup> ou de rapprochement des législations en matière de sécurité sociale<sup>621</sup>, de résoudre le problème par l'insertion d'une ou de plusieurs clauses relatives à la question des données personnelles. Cette problématique justifie ainsi la création d'un cadre international susceptible de sécuriser juridiquement ces flux de plus en plus tendus d'informations. La notion d'aire de partage de renseignements personnels apparaît ainsi la plus apte à saisir cette nouvelle réalité de la coopération administrative. Elle peut se définir comme un « environnement d'informations dans lequel des renseignements personnels nécessaires à la délivrance d'un ensemble de services accomplis au bénéfice des citoyens peuvent être rendus disponibles à différentes entités. Ces services ou prestations ont un caractère complémentaire et leur accomplissement nécessite des informations détenues par une pluralité de ministères et autres entités »<sup>622</sup>. La mise en place de telles aires implique ainsi une institutionnalisation de l'échange d'informations entre les différents États membres qui peut prendre alors la forme de réseaux transeuropéens et/ou d'agences chargées de gérer ou de coordonner ces flux d'informations<sup>623</sup>.

en parallèle, la libre circulation des informations nécessaires à la régulation de ces flux par les administrations nationales dans des conditions suffisamment proches pour éviter toute distorsion dans l'application du droit communautaire ».

- 620 Règlement (CEE) n° 2392/86 du Conseil du 24 juillet 1986 portant établissement du casier viticole communautaire, *JOCE* n° L 208/1 du 31.7.1986, considérant n° 4: « Considérant que le casier doit contenir les renseignements essentiels relatifs à la structure, à l'évolution de cette structure et à la production de l'exploitation en question ; qu'afin d'assurer une utilisation pratique du casier, il y a lieu de prévoir le regroupement de tous les renseignements dans une seul dossier d'exploitation; que, toutefois, lorsque la réglementation nationale relative à la protection des données individuelles ne permet pas un tel regroupement, il convient d'admettre un classement séparé par exploitation, dans la mesure où cette séparation ne met pas en cause les objectifs à atteindre avec l'établissement du casier » ; considérant n° 6: « Considérant que, afin d'éviter tout risque d'atteinte à la vie privée, il convient de prévoir que les États membres mettent en place les moyens garantissant la protection des personnes concernées; que, à ce titre, il importe notamment que les informations recueillies uniquement à des fins statistiques ne puissent avoir d'autres usages et que les personnes concernées aient la faculté de faire effacer des fichiers informatisés les données dont la détention au-delà des délais nécessaires à l'application des réglementations en vertu desquelles elles y figurent ne se justifie pas ». Voir également le Règlement (CEE) n° 3919 du Conseil du 21 décembre 1990 portant règles générales d'application du règlement (CEE) n° 1198/90 portant établissement d'un casier agricole communautaire, *JOCE* n° L 375/15 du 31.12.90, troisième considérant.
- 621 Règlement (CEE) n° 2332/89 du Conseil du 18 juillet 1989 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, ainsi que le règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, *JOCE* L 224 du 2 août 1989.
- 622 TRUDEL Pierre, « Hypothèses sur l'évolution des concepts du droit de la protection des données personnelles dans l'État en réseau », in VERONICA Marie et PALAZZI Pablo (coord.), *Défis du droit à la protection de la vie privée – Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°31, Bruylant, 2008, p. 552.
- 623 SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *op. cit.*, p. 1252: « Au regard de l'importance de l'information, il n'est pas surprenant que les modes spontanés et ponctuels d'échange aient une tendance croissante à se consolider sous des formes institutionnalisées. On peut en distinguer deux, les agences d'information d'une part, très intégrées, et les réseaux télématiques, organisés horizontalement ».

## 2) La constitution contemporaine d'aires européennes de partage de renseignements personnels

La conséquence de l'émergence de ce modèle administratif est la mise en avant des systèmes d'informations, qui constituent une modalité privilégiée sinon centrale de sa mise en œuvre. En effet, un contexte dominé par l'administration indirecte implique, par souci de cohérence, une coordination des administrations nationales entre elles. Dans le cadre de l'UE, cette coordination se traduit par la mise en place d'un certain nombre de dispositifs organisant cette coopération, comme des systèmes d'informations couplés le cas échéant à des agences européennes et/ou à un réseau d'autorités nationales.

Le caractère privilégié d'une telle modalité se vérifie dans l'évolution récente du droit positif européen et international en matière d'assistance administrative internationale. La libre disponibilité des données apparaît ainsi comme la modalité privilégiée de la coopération administrative générale (a), fiscale (b) et pénale (c).

### a) En matière de coopération administrative générale

Le domaine de la coopération administrative générale se décline en un volet institutionnel et un volet matériel. Le volet institutionnel correspond à la mise en place de mesures de coopération administrative ayant pour objet la constitution d'une administration internationale électronique en réseau. Le caractère extrêmement sophistiqué d'un tel projet explique qu'il soit pour le moment limité au seul cadre européen. Le volet matériel de la coopération administrative générale correspond à des domaines d'exercices de la gestion administrative ne relevant pas à titre principal de la seule compétence de la souveraineté nationale comme la mise en œuvre de l'administration fiscale ou pénale. En effet, l'assistance administrative internationale se trouve divisée en trois domaines: l'assistance administrative générale, l'assistance administrative pénale, l'assistance administrative fiscale<sup>624</sup>. Ce domaine matériel de la coopération administrative générale recouvre donc l'ensemble des questions administratives ne ressortant pas des domaines pénal et fiscal.

La mise en œuvre des politiques communautaires dans un contexte d'administration indirecte marqué par la coopération entre autorités nationales et européennes implique, de manière privilégiée, l'adoption de traitements de données nécessitant leur libre-disponibilité. A cet égard, la mise en place du Système d'Information du Marché Intérieur (SIMI ou IMI) paraît particulièrement emblématique de cette évolution. En effet, l'objet de ce système d'information est de faciliter l'application d'actes législatifs relatifs au marché intérieur qui rendent nécessaire l'échange d'informations entre les administrations des États membres<sup>625</sup>.

624 Cette séparation du domaine de l'assistance administrative internationale en trois sous domaines faisant l'objet de conventions distinctes dérive de la pratique et ne se trouve consacré que ponctuellement par le droit. Voir à cet égard la Convention européenne sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative, STE n° 100, signée à Strasbourg le 15 mars 1978, article 1,2 : « La présente Convention ne s'applique pas en matière fiscale ni en matière pénale ».

625 Décision 2008/49/CE de la Commission du 12 décembre 2007 relative à la protection des données à caractère personnel dans le cadre de la mise en œuvre du Système d'information du marché intérieur (IMI) [notifiée sous le numéro C(2007) 6306], JOUE n° L 013 du 16/01/2008 p. 0018 – 0023, considérant 4. Ce système vise plus précisément « à faciliter l'application d'actes législatifs relatifs au marché intérieur qui rendent nécessaire l'échange d'informations entre les administrations des États membres, notamment la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance

La mise en place d'un tel système d'information apparaît comme la conséquence logique de l'économie de ces instruments. Ainsi, concernant la directive relative aux services, « dans la mesure où le texte repose sur le principe de confiance mutuelle entre les États, et n'impose pas aux entreprises de fournir des originaux aux administrations de l'État dans lesquels elles souhaitent exercer leur activité, la coopération entre les administrations nationales apparaît indispensable »<sup>626</sup>. Du reste, de manière générale, l'adoption d'une nouvelle approche en matière d'harmonisation communautaire au cours des années 1980 conduisant à une utilisation par principe de la reconnaissance mutuelle s'est accompagnée du développement de procédures d'informations entre États membres et institutions communautaires portant sur des données purement techniques et administratives. Ainsi, la directive 83/189<sup>627</sup>, codifiée par la directive du 22 juin 1998<sup>628</sup>, instaure une procédure d'information large et obligatoire pour toutes les réglementations et normes techniques élaborées par les autorités nationales. De même, une décision du Parlement et du Conseil du 13 décembre 1995<sup>629</sup> établit une procédure d'information mutuelle rassemblant les États membres et la Commission dans l'optique d'une gestion transparente et pragmatique de la reconnaissance mutuelle des législations nationales n'ayant pas fait l'objet d'harmonisation. L'échange d'informations devenant ainsi le corollaire direct de l'application effective des politiques de l'UE, ses modalités ont fait l'objet d'une prise en charge spécifique et systématique en droit européen.

En effet, le SIMI ne constitue que l'affleurement visible d'une politique publique initiée par l'Union européenne de développement de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations, connue sous l'acronyme IDA (*Interchange of Datas between Administrations*). Ce programme vise à faciliter le développement et la mise en œuvre opérationnelle de réseaux télématiques transeuropéens d'échanges de données entre les administrations des États membres et/ou les institutions communautaires. Il est constitué de trois phases, dont la première a été initiée en 1995 par la décision 95/468 CE<sup>630</sup>. Ce programme a contribué à la mise en place de grands réseaux télématiques dans des domaines tels que l'emploi, la santé, l'agriculture, les statistiques et la concurrence. Prenant la suite du programme IDA I, la deuxième phase du programme (IDA II) a été lancée en 1999, avec l'adoption de deux décisions<sup>631</sup>. Le programme a été alors réorienté vers le marché et l'interopérabilité, en vue d'accroître l'efficacité de la fourniture de services publics en ligne aux entreprises et aux citoyens européens. Le programme IDABC<sup>632</sup> (*Interoperable Delivery of Pan-European eGovernment Services to Public Administrations, Business and Citizens*) a pris le relais de IDA II à son expiration au 31 décembre

des qualifications professionnelles ».

626 DUBOS Olivier, *op. cit.*, p. 10.

627 Directive 83/189, JOCE L 109, 26 avril 1983.

628 Directive 98/34 du 22 juin 1998, JOCE L 204.

629 Décision 3052/95 du 30 décembre 1995, JOCE L 321.

630 Décision 95/468/CE du Conseil, du 6 novembre 1995, concernant la contribution communautaire à l'échange télématique de données entre administrations dans la Communauté (IDA), JOCE n° L 269 du 11/11/1995 p. 23.

631 Décision n° 1719/1999/CE du Parlement et du Conseil du 12 juillet 1999 définissant un ensemble d'orientations, ainsi que des projets d'intérêt commun, en matière de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA), JOUE L 203 du 3.8.1999, p. 1-8 ; Décision 1720/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 1999 adoptant un ensemble d'actions et de mesures visant à assurer l'interopérabilité de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA) et l'accès à ces réseaux, JOUE L 203 du 3.8.1999, p. 9-13.

632 Rectificatif à la décision 2004/387/CE de la Commission du 28 avril 2004 - Décision 2004/387/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative à la fourniture interopérable de services paneuropéens d'administration en ligne aux administrations publiques, aux entreprises et aux citoyens (IDABC) (JOUE L 144 du 30.4.2004), JOUE n° L 181 du 18/05/2004 p. 0025 – 0035.

2004. Il vise à fournir des services administratifs pan-européens en ligne aux administrations publiques, aux entreprises et aux citoyens. L'objectif est d'améliorer l'efficacité des administrations publiques européennes et la collaboration entre elles. Le SIMI ne constitue ainsi qu'un élément particulièrement développé de ce dernier programme.

#### b) En matière de coopération administrative fiscale

L'intensification récente de la coopération administrative en matière fiscale, et ce tant en droit international qu'en droit communautaire, répond à la volonté d'assurer en dépit de la mondialisation des échanges un degré minimal de justice fiscale internationale<sup>633</sup>. La réalisation d'un tel objectif passe par la correction d'une situation amenée par la mondialisation des échanges, et opposant des contribuables opérant à l'échelle globale à des administrations fiscales nationales dont les compétences sont enserrées par les règles de territorialité<sup>634</sup>. Or, cette coopération repose de manière primordiale sur l'échange d'informations<sup>635</sup>, et l'amélioration de cette coopération sur l'intensification, voire l'automatisation, de ces échanges<sup>636</sup>. C'est dans cette optique que doit se comprendre, à titre d'exemple, le traité bilatéral dit FATCA ( *Foreign Account Tax Compliance Act* ) entre la France et les États-Unis d'Amérique, signé le 14 novembre 2013 et ratifié le 30 septembre 2014 par une loi<sup>637</sup> ou, plus récemment encore, l'accord multilatéral signé le 29 octobre 2014 à Berlin par quarante-neuf États dont la France, conclu sur l'instigation de l'OCDE en vue d'automatiser l'échange de données fiscales dès 2017.

La libre disponibilité des données tend ainsi à devenir une modalité incontournable de l'intensification de cette coopération administrative en permettant la mise en place d'échanges intenses en droit international ou par principe en droit communautaire. Ainsi, en matière d'assistance fiscale internationale, « nous assistons à présent non plus à une intensification mais à un emballement des initiatives étatiques en ce domaine. Deux mouvements peuvent à cet égard être identifiées: premièrement, le renforcement des cadres d'échanges bilatéraux (...) et multilatéraux (...). Le second mouvement est la constitution de bases de données, regroupant diverses informations sur les contribuables, tant en France (base Evafisc) qu'au niveau européen

633 Cette justice fiscale internationale se définissant alors comme la recherche d'une adéquation entre les bases d'imposition des contribuables et le recouvrement effectif de leurs créances fiscales. Voir à cet égard SAINT-AMANS Pascal, « La transparence et l'échange d'informations en matière fiscale: la longue marche de l'OCDE », *RDF*, n° 14, 8 avril 2010, p. 7: « La lutte contre les juridictions non coopératives en matière fiscale a un objectif simple et presque trivial: faire en sorte que chaque contribuable paie les impôts qu'il doit dans son État de résidence en assurant une meilleure coopération fiscale entre administrations. C'est là tout l'enjeu de l'échange de renseignements à des fins fiscales dont le standard a été fixé par l'OCDE depuis le début des années 2000 ».

634 ORSONI Gérard, « La coopération des administrations fiscales », *LPA*, 15 mai 2002, n° 97, p. 50: « A l'heure de la mondialisation des échanges et des flux de plus en plus importants de marchandises, de personnes, de capitaux, de services, il est difficile pour les États de faire respecter les règles de territorialité. La coopération des administrations devient non seulement indispensable, mais aussi primordiale au sens strict du terme ».

635 ORSONI Gérard, *op. cit.*, p. 51: « Sur quoi repose cette coopération? Sur trois grandes procédures ou trois grandes organisations. La première est celle de l'échange d'informations ».

636 SAINT-AMANS Pascal, *op. cit.*, p.11: « Le niveau d'activité et la rapidité des progrès dans le domaine de la coopération fiscale sont sans précédents, comme l'attention politique consacrée à ce sujet. Les attentes sont fortes de la part de la société civile, qui exprime des critiques et souhaiterait que le standard soit revu à la hausse et puisse inclure l'échange automatisés d'informations ».

637 Loi n° 2014-1098 du 29 septembre 2014 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), *JORF* n°0226 du 30 septembre 2014, Texte n°1.

(base Eurofisc) »<sup>638</sup>.

En droit international, ce processus prend la forme d'une libéralisation par principe des échanges de données entre administrations fiscales. L'affirmation de ce phénomène implique l'illégitimité du refus d'assistance administrative internationale pour des raisons de principe non nécessaires ni proportionnelles, telles que la protection *per se* du secret bancaire. A partir de 2008, le standard développé par l'OCDE en matière d'échanges de renseignements fiscaux est universellement reconnu. Cette même année, l'ONU adopte une mouture similaire de ce standard. De façon sommaire, ce dernier « consiste à prévoir l'échange de renseignements à la demande lorsque les renseignements sont « vraisemblablement pertinents » à l'administration des impôts de l'État requérant. Tous les renseignements doivent pouvoir être échangés, y compris les renseignements bancaires et l'existence d'un « intérêt fiscal national » ne doit pas faire obstacle à l'échange »<sup>639</sup>.

En droit communautaire, ce processus prend la forme plus avancée de la création de fichiers communs ou interconnectés. Ainsi, l'adoption récente d'instruments européens organisant la libre disponibilité de ces données en matière de lutte contre la fraude relative à la TVA<sup>640</sup> ou de manière plus générale<sup>641</sup> confirme la prédominance du recours aux traitements et à la communication de données personnelles comme modalité privilégiée de l'administration composite.

### c) En matière de coopération administrative policière et pénale

Cette problématique est la moins récente des formes de coopération administrative en ce que, envisagée dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle, elle trouve une première incarnation dans l'organisation de l'INTERPOL et des applications concrètes en droit dès la fin de la seconde guerre mondiale<sup>642</sup>. Elle trouve en droit communautaire des développements tels que l'essentiel du propos se concentrera sur le droit de l'UE tel qu'il a construit ces dernières années un Espace de Liberté, Sécurité et Justice (ELSJ).

De manière plus générale, depuis le début des années 2000, l'ex-troisième pilier communautaire « Justice et affaires intérieures » a connu un processus d'intégration et de réalisation accéléré. Ce processus a d'abord connu une phase de précision et de communautarisation de ses objectifs, que l'on peut résumer comme la recherche d'un « haut niveau de sécurité » au sein de l'UE. Ce processus a, dans le même temps, conduit à l'adoption de traitements de données personnelles mis en œuvre à des fins de prévention et de répression des troubles à l'ordre public obéissant soit à une structure décentralisée, soit à une structure unifiée autour d'institutions communautaires spécialisées. Un tel phénomène n'est pas récent car, depuis le Traité de Maastricht, l'Union européenne contribue à améliorer la coopération entre les services répressifs des États membres. En effet, selon l'article 29 TUE<sup>643</sup>, « l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en

638 LE MENTEC Franck, « Coopération fiscale internationale: quels droits pour les contribuables? », in *La nouvelle coopération fiscale internationale*, actes du colloque organisé le 15 juin 2010 par l'École de droit de la Sorbonne sous la direction des professeurs Bernard CASTAGNEDE et Daniel GUTMANN, *RDF*, n° 42-43, 21 octobre 2010, p. 15.

639 SAINT-AMANS Pascal, *op. cit.*, p.9.

640 Règlement (UE) n° 904/2010 du Conseil du 7 octobre 2010 concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, *JOUE* L 268 du 12 10 2010, p.1.

641 Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, *Journal officiel* n° L 064 du 11/03/2011 p. 01.

642 MARABUTO Paul, « La coopération Policière Internationale », *RA*, mai-juin 1949, pp. 246-254.

643 Issu du Traité d'Amsterdam, l'article 29 TUE succède à l'article K.1 TUE issu du Traité de Maastricht.

commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Plus précisément, les institutions de l'Union sont invitées dès cette époque à favoriser « une coopération plus étroite entre les forces de police, les autorités douanières », les « autorités judiciaires et autres autorités compétentes des États membres ».

Cette première étape s'est traduite de manière privilégiée, dans un contexte d'administration composite, par l'adoption de traitements de données notamment personnelles comme modalité privilégiée d'effectuation de cette coopération. Appartiennent à ce premier temps, d'une part les traitements « en étoile » et, d'autre part, les fichiers communautaires<sup>644</sup> le cas échéant gérés par une agence européenne.

Un traitement en étoile est un « traitement dont chaque État membre possède pour son propre compte une part nationale qu'il alimente au bénéfice de tous les autres, seule une partie technique, servant à chacun d'accéder aux données des autres, étant commune à tous. Autrement dit, ces traitements fonctionnent moins comme un traitement unique que comme une mise en réseau de fichiers »<sup>645</sup>. Appartiennent à cette catégorie le SIS, EURODAC, et le SID.

Premier système d'information européen mis en place, le Système d'Information Schengen (SIS) a été créé par la Convention d'application des Accords de Schengen du 19 juin 1990<sup>646</sup>. Conclue initialement entre cinq États parties, cette convention favorise et prolonge la réalisation des objectifs énoncés par l'Accord de Schengen du 14 juin 1985<sup>647</sup>. En effet, alors que l'Accord de 1985 ne fixait qu'un objectif de libre circulation des personnes entre les États parties, la Convention de 1990, entrée en vigueur le 26 mars 1995, impose la suppression des contrôles aux frontières entre les États parties et précise les modalités d'exercice des contrôles aux frontières avec les États tiers. En outre, cette Convention met en place des mesures compensatoires visant à prévenir les conséquences négatives de la libre circulation des personnes. La fonction du SIS est d'être un fichier d'alerte permettant aux autorités d'un État de savoir si une personne ou un objet a été signalé par un autre État. De manière discrétionnaire, les États peuvent en outre ajouter dans le SIS des informations relatives aux motifs du signalement, à la dangerosité de l'individu, voire à la « conduite à tenir » lors d'un contrôle. Toutes ces informations sont ainsi mises à la disposition de l'agent qui le demande de manière instantanée.

644 L'emploi du terme communautaire est inexact car bon nombre de ces traitements de données ont été adoptés et continuent pour la plupart de fonctionner dans le cadre de la coopération intergouvernementale et non dans un cadre communautaire strict, certains ayant été en tout ou partie communautarisés depuis. Ainsi, Lancé initialement dans un cadre intergouvernemental, la coopération résultant des accords de Schengen et Système d'Information Schengen (SIS) qui en est issu a ensuite été rattachée au droit communautaire: conformément à un protocole annexé au Traité d'Amsterdam (Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, Protocole annexé au Traité d'Amsterdam, *JOCE* C 340 du 10 novembre 1997), l'ensemble de l'acquis Schengen a été ventilé entre le Traité CE et le Traité UE: le premier étant concerné par son Titre IV (visas, asile, immigration et libre circulation des personnes), le second par son titre VI (coopération policière et judiciaire en matière pénale). Il se justifie cependant en l'espèce pour des considérations de lisibilité du propos. Sur ces considérations et un choix similaire, voir DELARUE Jean-Marie, « L'Europe des fichiers – Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *mélanges Bruno Genevois « Le dialogue des juges »*, Dalloz, 2009, pp. 234-235, rappelant p. 235 qu'« on ne peut faire coïncider les frontières de l'Europe politique avec celles de « l'Europe des fichiers » ».

645 DELARUE Jean-Marie, *op. cit.*, p. 235.

646 Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 19 juin 1990, *JOCE* L 239 du 22 septembre 2000, pp. 19-62.

647 Accord entre les gouvernements des États de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1985, *JOCE* L239 du 22 septembre 2000, pp. 13-18.

Second système d'information européen mis en place, EURODAC, contraction des termes « Europe » et « dactyloscopique », est un système « composé d'une unité centrale, à établir au sein de la Commission et qui gère une base de données centrale informatisée de données dactyloscopiques, ainsi que les moyens électroniques de transmission entre les États membres et la base de données centrale »<sup>648</sup>. Son but est de permettre aux autorités nationales de comparer les empreintes digitales des personnes sollicitant l'asile dans chaque État membre avec les empreintes digitales des demandeurs d'asile des autres États membres. Ainsi, il ne constitue pas *stricto sensu* un fichier en étoile, en ce que l'« étoile EURODAC » ne comporte pas, comme l'« étoile SIS », un « traitement national de données s'ajoutant au dispositif commun. Les autorités nationales se bornent, en quelque sorte, à jouer les fournisseurs de l'unité centrale et à consulter cette dernière, sans qu'il y ait nécessairement constitution de base de données nationales »<sup>649</sup>.

Enfin, troisième système d'information européen mis en place, le Système d'Information Douanier (SID) est destiné à favoriser l'échange d'informations douanières entre les États membres. La Convention de Naples I<sup>650</sup> et la Convention de Naples II<sup>651</sup> ont instauré des mécanismes de coopération entre les autorités douanières nationales. Dans le sillage de la première convention, la seconde a notamment instauré des procédures d'assistance mutuelle, de surveillance spéciale, de poursuites transfrontalières et d'enquêtes communes ; toutes procédures nécessitant des échanges d'information intensifs. Dans ce cadre, la Convention du 26 juillet 1995 « sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes » a créé un système informatique destiné à renforcer la coopération entre les autorités douanières dénommé le « Système d'Information des Douanes » (SID)<sup>652</sup>.

Le SID a pour fonction d'« aider à prévenir, rechercher, et poursuivre les infractions graves aux lois nationales en renforçant, par une diffusion plus rapide des informations, l'efficacité des procédures de coopération et de contrôle des administrations douanières des États membres »<sup>653</sup>. Il est composé de deux dispositifs distincts: un système d'alerte instauré par la Convention SID de 1995 un Fichier d'Identification des Dossiers d'Enquêtes douanières (FIDE) élaboré en 2003 par le Conseil de l'Union européenne.

Opérationnel depuis mars 2003, le « système d'alerte » du SID est composé d'une unité centrale située à Bruxelles et gérée par la Commission européenne. Cette unité centrale est reliée à des terminaux situés dans les États membres: l'architecture de ce réseau est donc centralisée. Au titre des données personnelles pouvant alimenter cette base, l'article 4 de la Convention SID autorise l'insertion du nom, du nom de jeune fille, du prénom, des noms d'emprunt, de la date et du lieu de naissance, de la nationalité, du sexe, du numéro d'immatriculation d'un véhicule et de « tous les signes particuliers effectifs et permanents ». Cependant, le même article proscribit formellement l'inscription de données sensibles. Comme pour le SIS, l'insertion de données dans le SID relève de l'entière liberté des autorités nationales: la possibilité leur est ouverte « dans la mesure où cette action est nécessaire pour atteindre l'objectif du système »<sup>654</sup>.

648 Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *JOUE* L 316 du 15 12 2000, p. 1, considérant 5.

649 DELARUE Jean-Marie, *op. cit.*, pp. 234-235, rappelant p. 253.

650 Convention relative à l'assistance mutuelle entre les administrations douanières signée à Rome le 7 septembre 1967.

651 Acte du Conseil du 18 décembre 1997 établissant la convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, *JOCE* C 24 du 23 janvier 1998, pp. 1-22.

652 Acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes (ci-après « Convention SID »), *JOCE* C 316 du 27 novembre 1995, pp. 33-42.

653 Convention SID, art. 2§2.

654 Convention SID, art. 4.

La Convention SID a été modifiée en 2003<sup>655</sup>, le SID étant complété par le FIDE. Ce dernier constitue un fichier annexe au SID qui regroupe le signalement des dossiers d'enquêtes douanières effectuées dans les États membres. Il permet ainsi à tout État membre d'avoir connaissance de l'existence d'une enquête effectuée dans un autre État membre sur une personne physique ou morale déterminée. L'objet poursuivi par ce fichier est d'éviter que des enquêtes parallèles ne soient menées dans plusieurs États membres. Il n'a donc pour but que d'informer sur l'existence de dossiers en traitement et, par conséquent, ne contient que les références des dossiers d'enquêtes et non leur contenu.

Les fichiers ou systèmes d'information gérés par une agence européenne constituent la seconde catégorie, qui recouvre notamment Europol et Eurojust. Institué par la Convention du 26 juillet 1995<sup>656</sup>, l'office européen de police (Europol) est installé à La Haye et fonctionne depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1999. C'est un organisme indépendant doté de la personnalité juridique qui est spécifiquement chargé d'améliorer la coopération policière entre les États membres. À cette fin, il est doté de plusieurs dispositifs lui permettant de traiter un nombre croissant de données personnelles. Dans la même optique, afin de stimuler et de coordonner la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne, la décision du Conseil du 28 février 2002 a créé un nouvel organisme autonome dénommé Eurojust<sup>657</sup>.

Cette dynamique de coopération policière et pénale a été brutalement relancée par les attentats du 11 septembre 2001, ceux de Madrid le 11 mars 2004 et de Londres en 2005. En effet, à la suite de ces événements, l'Union européenne a adopté de nombreuses mesures visant à renforcer la lutte contre le terrorisme. Les échanges d'informations entre les autorités répressives des États membres, ainsi qu'entre celles-ci et l'Office européen de police (Europol) et Eurojust, se sont intensifiés et ont été facilités par l'adoption de plusieurs textes impliquant notamment la création de nouveaux systèmes d'informations comme le VIS<sup>658</sup>. La directive du 15 mars 2006 sur la conservation des données de communication, la décision-cadre du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne ou le traité (dit « Schengen Plus ») signé à Prüm le 27 mai 2005 par sept États membres en vue d'approfondir la coopération transfrontalière en matière de lutte contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, illustrent cette tendance générale au renforcement des échanges d'informations en matière répressive.

Il ressort ainsi de l'ensemble de ces considérations que la mise en place de traitements de données personnelles impliquant la libre disponibilité de ces données entre États membres de l'UE constitue une modalité explicitement privilégiée de mise en œuvre de la coopération administrative à des fins de création de l'ELSJ.

655 Acte du Conseil du 8 mai 2003 établissent le protocole modifiant, en ce qui concerne la création d'un fichier d'identification des dossiers d'enquêtes douanières, la Convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, *JOUE* C 139 du 13 juin 2003, pp. 1-8.

656 Convention du 26 juillet 1995 conclue sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (ci-après la « Convention Europol »), *JOCE* C 316 du 27 novembre 1995, pp. 2-32.

657 Décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité (ci-après la « Décision Eurojust »), *JOCE* L63 du 6 mars 2002, pp. 1-13.

658 Décision 2004/512/CE du Conseil, du 8 juin 2004, portant création du système d'information sur les visas (VIS), *JOUE* L 213, p. 5. Le VIS a pour objet d'améliorer la mise en œuvre de la politique commune en matière de visas, la coopération consulaire et la consultation des autorités consulaires centrales chargées des visas en facilitant l'échange de données entre les États membres sur les demandes de visas et les décisions.

La première section a mis en évidence la nécessité, tant d'un point de vue historique que théorique, pour toute organisation de traiter des données personnelles ne serait-ce que pour ses fonctions de base. Cette seconde section a abouti à découvrir que cette exigence se trouvait traduite en droit positif et la manière dont elle l'est. En droit interne comme en droit international, elle se trouve impliquée par l'existence d'un principe de liberté d'administration. Ce dernier n'existe que de manière implicite en droit administratif et en droit du travail. Plus particulièrement dans le premier domaine, une telle liberté se trouve implicitement consacrée au sein des notions de pouvoir discrétionnaire et de mesure d'ordre intérieur. Elle constitue une liberté de moyens et non de fin, impliquant implicitement une certaine liberté dans la mise en œuvre de traitements de données personnelles. Ce principe de libre-administration est mis en évidence, de manière explicite, en droit de l'UE, dans lequel la liberté d'adaptation des moyens à ses fins se trouve formalisée dans l'établissement et la systématisation de procédures d'échanges d'informations, y compris personnelles.

### Conclusion du Chapitre 1:

L'informatique ne se réduit pas à l'ordinateur mais renvoie, dans le cœur même de sa définition, au procédé du traitement rationnel de l'information, quelles qu'en soient les modalités. L'emploi d'un fichier même manuel caractérise un procédé informatique. Or, au sein d'une institution publique ou privée, la fonction administrative implique par principe l'existence d'une telle faculté libre de traitement de l'information, notamment personnelle. L'emploi d'un traitement rationnel d'informations nominatives ne constitue ainsi que le prolongement logique d'une pratique nécessaire à l'existence et à la pérennité de toute institution, qu'elle soit publique ou privée.

Ce constat permet d'expliquer que la liberté de traiter des données personnelles consacrée par le législateur français dans la loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés se trouvait avant cela et se trouve toujours impliquée par principe par l'existence d'une liberté d'administration nécessaire aux institutions pour adapter leurs moyens à leurs fins. Elle l'est aussi par le principe de libre circulation de l'information.

## Chapitre 2 – Le principe de libre-circulation de l'information

Ce principe n'étant pas défini explicitement en droit positif, il convient d'en donner une définition littérale: la libre circulation de l'information consiste en la liberté de faire transiter sans entraves des informations de toute nature indifféremment des considérations de frontières. Au terme de cette définition, il est possible de déduire de ce principe qu'il implique la libre-circulation des données personnelles. En effet, ces données ne constituent qu'une variété d'information pouvant circuler, sans qu'il soit possible de distinguer entre celles ayant trait à une personne physique identifiable et les autres.

Dans ces conditions, démontrer l'existence d'un principe de libre circulation de l'information revient à déduire du même coup et de manière indissociable l'existence d'une liberté de circulation des données personnelles, c'est à dire de traitement de ces données, dans la mesure où la transmission ne constitue qu'une modalité particulière de la notion juridique de traitement. Aujourd'hui, la liberté de traitement international de données personnelles se trouve impliquée par l'existence d'un principe de liberté internationale de circulation de l'information. Cette dernière se trouve être le produit de l'osmose progressive de deux principes: la liberté de prestation de service (Section 1) et la liberté d'expression (Section 2).

### *Section 1 – Un fondement originel: la liberté de prestation de services*

Le fondement essentiel de la libre circulation de l'information est à un double égard la liberté de prestation de service. D'une part, parce que la communication transnationale d'informations constitue une prestation de service organisée de longue date par les personnes publiques dans le cadre d'un service public international. D'autre part parce que récemment, la libre circulation des informations induite par ce service public international a été directement considérée comme consubstantielle à la libre prestation de services.

Historiquement, cette liberté est impliquée par le caractère internationalisé d'une prestation de services particulière: les communications dématérialisées<sup>659</sup> (§1). Plus récemment, elle est impliquée par la libéralisation internationale du commerce des services (§2).

#### **§1 – Une liberté initialement impliquée par le service public international des communications dématérialisées**

La libre circulation de l'information est la conséquence de l'existence déjà ancienne d'un service public international de communications dématérialisées: le télégraphe, puis le téléphone, puis les communications électroniques. Internet ne constitue ainsi que la forme la plus aboutie d'un service public déjà ancien (A).

Cet intérêt entraîne l'existence d'une liberté de circulation des données personnelles. Cette

<sup>659</sup> Cette appellation désigne tous les moyens permettant une communication dématérialisée, du télégraphe jusqu'à internet. Elle permet de faire la distinction d'avec les communications nécessitant un support, comme les communications postales.

implication n'est pas formalisée en droit international mais uniquement au sein des exceptions des instruments locaux relatifs aux données personnelles (B).

### *A/ L'existence d'un service public international de communication*

Considérer du point de vue du droit public les communications dématérialisées pose un premier problème : celui de la définition de la notion même de service public international (1). Passé ce cap, le droit international positif encadrant ces communications apparaît clairement comme organisant un tel service public dans l'ordre international (2).

#### **1) La notion de service public international**

La notion de service public international n'est que rarement employée dans le droit positif comme en doctrine. Elle est pourtant pourvue d'une consistance certaine et trouve pleinement à s'appliquer au réseau international de communications dématérialisées. Malgré cela, son emploi contemporain à propos de cette activité particulière est particulièrement rare. Dans les années 1970, il pouvait encore arriver que les services de communication internationale soient qualifiés en doctrine de service public international<sup>660</sup>. Mais le recours à cette expression pourtant pertinente n'est plus utilisé depuis que l'intensification quantitative et qualitative des communications internationales du fait de la généralisation de l'usage des NTIC auprès du grand public a eu pour conséquence de placer ce secteur d'activités dans le champ de compétence du Droit International Économique (ci-après « DIE »)<sup>661</sup> et, dans une moindre mesure, dans la politique d'aide au développement encadrée par l'ONU. La raison essentielle en est que la généralisation des NTIC a conduit à amorcer dans les faits la libéralisation internationale de l'échange des services. Pour ainsi dire, l'intérêt général international à la base de ce service public international a été inclus dans des problématiques plus vastes<sup>662</sup>.

La notion de service public international est issue de l'évolution du droit international public dans le sens d'une ouverture aux thématiques du droit administratif, constatée dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>663</sup>. Elle a fait l'objet d'une théorisation dans le cadre de deux écoles de pensée distinctes mais cohérentes : l'école du droit administratif international dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, et « l'école objectiviste du droit international fondée par Léon Duguit et portée par George Scelle »<sup>664</sup>. A ce stade de l'analyse, la première ne sera qu'évoquée dans la mesure où elle fait l'objet de développements *infra* et ne constitue qu'un cadre théorique général, celui du droit administratif international<sup>665</sup>. En revanche, la seconde est plus spécifiquement centrée sur la

660 ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, Sirey, 1974, Tome II, p. 40: les conventions internationales adoptées à cette époque dans ce domaine constituent « une sorte de territoire commun idéalement affecté aux services publics internationaux ».

661 RUIZ FABRI Hélène, « Immatériel, territorialité et État », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999, p. 198: « Simplement, parler à propos de ces communications de services publics internationaux n'est plus un détour que l'on fait aujourd'hui. Ce n'est pas nécessaire puisqu'on a fait le choix idéologique clair de la libéralisation. Mais cela n'enlève rien au besoin de coordination ».

662 Voir *infra*, §2.

663 voir *infra*, Titre 2, chapitre 2.

664 DESINGLY Aurélien, *L'union européenne entrepreneur du service public international*, thèse, L'Harmattan, 2011, p. 25.

665 GASCON Y MARIN José, « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, 1930, Tome IV, p. 20 : « est l'objet du droit administratif international l'activité développée pour les relations possédant un caractère international, caractère international qui peut tenir à diverses raisons: soit parce que les sujets en

notion de service public international, justifiant ainsi à ce stade des développements plus fournis.

Le point de départ de l'école du service public international réside dans l'emprunt et l'adaptation par Georges Scelle de la thèse développée par Léon Duguit dans son ouvrage *Les transformations du droit public*<sup>666</sup>. Ce dernier y définit le service public comme « toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante »<sup>667</sup>. Cet auteur envisage explicitement l'extension de sa conception de l'interdépendance sociale comme fondement du droit dans l'ordre interne<sup>668</sup> au droit international<sup>669</sup>. De la même façon que cette interdépendance exige la création de services publics dans l'ordre interne, l'interdépendance sociale internationale implique la création de services publics internationaux<sup>670</sup>.

Georges Scelle va systématiser cette conception dans le cadre de ses recherches en droit international. Il adopte comme postulat de départ la conception duguiste du droit international fondé sur une solidarité intersociale : « Toutes les sociétés composées, toutes ces collectivités intersociales secrètent, par cela seul qu'elles existent, leurs propres normes juridiques, afin d'assurer le maintien et le développement de la solidarité qui leur sert de base. Insistons sur ce *fondement* du Droit international »<sup>671</sup>. Il définit ainsi de manière synthétique la notion de service public international : « Il y a service public international, au sens large, toutes les fois que les gouvernants et agents étatiques collaborent pour donner satisfaction à un besoin de sociabilité de la communauté internationale »<sup>672</sup>. Il distingue ce service public international « proprement dit » de l'hypothèse d'une collaboration entre des services publics nationaux afin d'assurer leur continuité réciproque<sup>673</sup>. Son critère de distinction permet dans le même temps de définir les

présence dans une relation juridique (d'un État vis-à-vis des ressortissants d'un autre) sont de nationalité différente, soit parce que l'élément national et l'élément territorial (actes administratifs) destinés à produire des effets en dehors du territoire de l'État qui les accomplit ne se confondent pas, cas dans lesquels les normes juridiques sont la plupart du temps des règles émanant du droit interne, du droit particulier de chaque État, soit parce qu'il y a des situations dans lesquelles l'administration paraît liée par les actes de son propre Gouvernement, certes, mais résultant de conventions internationales qui, en agissant sur l'administration des divers États qui les concluent, agissent sur le droit administratif particulier de chacun d'eux en le modifiant ».

666 DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.

667 DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 51.

668 DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fointemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003, p. 23 et ss.

669 DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1927, p. 184 et ss, sp. p. 186.

670 DUGUIT Léon, *op. cit.*, pp. 724-725 : « S'il y a une solidarité intersociale, elle exige la création de services publics intersociaux, comme la solidarité intrasociale exige la création de services publics internes. (...) Si l'on étudie en détail le droit international moderne, il serait aisé de montrer que la création et le fonctionnement de services publics internationaux devient l'objet par excellence du droit international moderne. La Société des Nations, qu'a créée le traité de Versailles, n'est en réalité pas autre chose qu'un grand service public de défense commune (...) ».

671 SCELLE Georges, *Précis de droit des gens*, première partie, Sirey, 1932, p. 30. Voir également p. 29 : « Pas plus que nous ne rencontrons de société entièrement homogène et indifférenciée, pas plus n'en rencontrons nous de totalement étanche et isolée. Le phénomène de solidarité déborde les sociétés étatiques pour former les sociétés internationales ».

672 SCELLE Georges, *Droit international public, Manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Domat-Montchrestien, 1944, p. 443.

673 SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 444. En avance sur son temps, l'auteur étend à la théorie du service public le modèle, récemment dégagé, de l'administration composite (voir *supra*, chapitre 1): « Il y aurait aussi service public international (...) par le seul fait que les accords interviennent souvent entre administrations étatiques pour

éléments constitutifs de la notion de service public international : l'existence d'un traité définissant l'objet et les modalités du service et son application par une institution spécialisée<sup>674</sup>. Il définit ce type d'institutions comme des établissements publics internationaux, au delà de leurs appellations variées : « On les désigne d'ordinaire sous le nom d'*Unions*, parfois de *Commissions* ou *Bureaux* »<sup>675</sup>. De manière synthétique, il définit l'ensemble de ces services publics internationaux comme l'expression d'un fédéralisme spécialisé<sup>676</sup>.

Le professeur Chaumont va approfondir cette notion, dans le cadre de ses travaux après la seconde guerre mondiale. Reprenant les postulats des thèses de Léon Duguit et de Georges Scelle<sup>677</sup>, il apporte une première plus-value en justifiant le choix de l'utilisation en droit international d'un concept issu du droit interne<sup>678</sup>. Il définit le service public international par la réunion de deux éléments. Le premier est objectif et concerne l'existence d'un intérêt général international. Le second, qu'il qualifie de subjectif, concerne la perception individuelle par les dirigeants nationaux de cet intérêt général et de son importance pour le développement de la

établir une correspondance, éviter la discontinuité entre services publics des différents États. De ce chef, on pourrait considérer comme un service public international de justice, ou du moins auxiliaire de la justice, la pratique de l'*extradition* et les *commissions rogatoires*, même s'il n'existe pas de convention spéciale à cet effet. C'est par un souci d'ordre public international que les gouvernements extradent réciproquement les délinquants ou donnent suite à leurs commissions rogatoires. Mais le service public ainsi entendu reste fractionné, à la merci de la conne volonté et des préoccupations particulières des administrations étatiques, même lorsqu'il y a coordination concertée. Ce n'est pas en ce sens que l'on parle d'ordinaire de service public international *proprement dit* »

674 SCELLE Georges, *op. cit.*, pp. 444-445 : « A l'origine des services publics internationaux ou Unions, il y a d'abord un premier élément constructif et normatif, puis un second, fonctionnel. Le premier élément est un *Traité*, c'est à dire un instrument conventionnel de Droit écrit constant l'accord des gouvernements de la collectivité interétatique intéressée sur l'objet du service, les moyens de le faire fonctionner et les engagements consentis à cet effet. Le second élément est une *institution* ».

675 SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 444 : « Lorsque l'on parle de *service public international* proprement dit, on se réfère à une *création institutionnelle* des gouvernements de la collectivité internationale intéressée, à un service public *immédiat* directement issu d'une convention ou d'un traité, doté d'une certaine autonomie dans son fonctionnement, disposant d'agents spécialisés et investis de compétences *conventionnellement déterminées*, souvent même d'un « statut » international, même s'ils continuent à être choisis par les gouvernants étatiques. D'une certaine façon, on peut dire qu'il s'agit alors d'*établissements publics internationaux* »

676 SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 445 : « Les Unions (...) constituent un *phénomène de fédéralisme*, mais c'est un fédéralisme *spécialisé* dans le domaine d'une activité publique déterminée (service postal et télégraphique, transports ferroviaires, navigation aérienne, sécurité sanitaire, navigation d'un fleuve, protection d'une espèce animale, etc...) ».

677 CHAUMONT Charles, « Perspectives d'une théorie du Service public à l'usage du Droit international contemporain », in *La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome 1, LGDJ, 1950, p. 115 : « Le Droit international est longtemps apparu comme une discipline juridique très différente des disciplines d'ordre interne, parce qu'il était censé s'appliquer à une société dont la structure était considérée comme très différente de celle des sociétés internes. (...). Ce ne fut pas un des moindres mérites de l'école moniste du Droit des Gens, dont George Scelle dut le principal promoteur, que d'avoir, en suivant la route tracée par Duguit sur le plan du Droit Public français et de la philosophie du Droit, montré l'identité profonde de structure de toutes les sociétés humaines ».

678 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, p. 118 : « L'existence de catégories, dans un ordre juridique déterminé, ne dépend pas uniquement des données de la législation positive de cet ordre : elle est avant tout le fruit de l'évolution sociale et des nécessités de l'adaptation du Droit à cette évolution. C'est dire que, quelles que soient les modalités d'application de telle ou telle catégorie dans un ordre interne, et les caractères originaux que cette application peut revêtir dans cet ordre, on ne doit pas en conclure que cette catégorie ne peut trouver d'application dans un autre ordre. En d'autres termes, une conséquence inévitable du principe de l'identité de technique de tous les ordres juridiques, c'est la possibilité du transfert d'une catégorie d'un ordre juridique à un autre ».

solidarité intersociale<sup>679</sup>. La nécessité de le rendre efficace justifie la création de procédés de gestion<sup>680</sup>. La solution la plus aboutie à cet égard, et la première que le professeur Chaumont envisage, est la solution de l'établissement public international<sup>681</sup>. Prolongeant ses travaux, le professeur Adam ira jusqu'à définir la notion d'établissement public international comme synonyme de la notion de service public international<sup>682</sup>.

Enfin, le professeur Chemillier-Gendreau remarque dans sa thèse sur *Le principe de continuité du service public international* que le développement des services publics dans l'ordre interne, dû aux progrès technologiques survenus tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle, est concomitant de celui des services publics intervenant dans l'ordre international, avec toutefois un « léger décalage dans le temps »<sup>683</sup>. Elle remarque que cette évolution n'a pas conduit à la création immédiate de services publics internationaux, mais à deux étapes bien distinctes. La première est caractérisée par une recherche de coordination des services publics nationaux entre eux par les autorités nationales et s'analyse comme un premier effort de coopération internationale : « A ce stade, les besoins communs restent satisfaits dans chaque pays par des organes nationaux, mais les relations internationales nécessitent une coordination entre ces services ; cela ne se fait pas par le traditionnel canal des relations diplomatiques et par le truchement d'un accord bi-latéral ou multi-latéral, mais par quelque chose de plus, à savoir : par un organe international permanent

679 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, pp. 120-121 : « En tout cas, l'apparition d'un service public dans la société internationale procède du même phénomène sociologique que cette apparition à l'intérieur d'un État : elle procède de la nécessité qui est ressentie, à un moment donné, par les Gouvernants, de faire échapper au régime des intérêts particuliers une entreprise dans laquelle la présence d'un intérêt général est jugée par ces Gouvernants, à la suite d'un fort courant de psychologie collective, particulièrement intense.

Ainsi l'existence, la possibilité même des services publics internationaux, est conditionnée par deux éléments fondamentaux. Le premier est un élément objectif : c'est la présence d'un intérêt général. (...). Le deuxième est un élément subjectif, en ce sens qu'il se forme, quoique reflétant le plus souvent une nécessité collective, dans la conscience des dirigeants internationaux : c'est le sentiment que la présence d'un intérêt dépassant le cadre étatique justifie, voire même exige la création d'une institution internationale ».

680 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, p. 123 : « Le service public ainsi compris qualifie toute activité internationale ayant pour but de donner satisfaction à un besoin d'intérêt international. Mais cette activité, pour avoir quelque efficacité dans la société internationale doit s'exprimer en organismes de gestion ».

681 L'auteur envisage également dans son article précité les solutions de la concession de service public et de l'entreprise d'intérêt général. Ces dernières ne s'appliquant pas au présent sujet, il n'en sera pas fait davantage mention. Mais il convient de relever que, pour cet aspect spécifique de la communication par internet qu'est l'attribution et la gestion des noms de domaines pour tout le réseau, la solution de l'entreprise d'intérêt général a été explicitement choisie. Ainsi, l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, société de droit privé californien, est chargée de cette tâche pour l'ensemble du réseau mondial. Elle joue le rôle d'un organisme attributaire et gestionnaire de l'équivalent d'un annuaire pour les adresses des sites internet : sans elle, nous serions contraints d'entrer, en guise d'adresse dans nos navigateurs internet, non pas une adresse renvoyant à une dénomination en lettres et en mots, mais une longue suite de chiffres ne donnant en soi aucune information sur la nature du site. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le nommage a été explicitement considéré comme un service public par le juge administratif, dans son arrêt CE, 10 juin 2013, *AFNIC*, req. n° 327375. Pour une étude détaillée sur cette question, voir DU MARAIS Bertrand, « Le service public du nommage, consécration et limites », *RFAP*, 2013/2, n° 146, pp. 299-312.

682 ADAM Henri Tassin, *Les établissements publics internationaux*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit international, Tome III, 1957, p. 10 : « Nous donnons cette appellation à des services publics internationaux naissant et fonctionnant indépendamment des organisations internationales et accomplissant soit une tâche d'exécution matérielle au profit des particuliers, soit une mission de police sur le domaine public international envers les usagers ».

683 CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Le principe de continuité du service public international*, thèse, Nancy, 1965, p. 36 : « Mais avec un léger décalage dans le temps, la même poussée de progrès devait faire sentir ses effets dans le domaine international, les frontières n'étant pas étanches sur ce point, et les activités humaines ne pouvant pas s'exercer uniquement dans le cadre cloisonné des États ».

superposé aux organes nationaux d'exécution. L'institution Internationale coiffe donc les services nationaux, les coordonne mais ne les remplace pas dans les tâches d'exécution, et reste un organe de discussion et non de décision »<sup>684</sup>. Elle donne de la notion de service public international la définition la plus aboutie à ce jour: « On appelle service public international la satisfaction apportée à un besoin d'intérêt général international ressenti par les États et sous un régime juridique spécial par un organisme public mis en place, soit directement par accord intergouvernemental, soit par le truchement d'une Organisation Internationale déjà constituée »<sup>685</sup>.

## 2) Les communications dématérialisées, service public international

Pour certains auteurs, « l'Internet est né sans que l'on s'en rende compte »<sup>686</sup>. Il y aurait ainsi un « fait Internet » imposant ses contraintes à l'univers juridique, tout en lui étant fondamentalement étranger car d'origine purement technologique<sup>687</sup>. Ce constat n'est que partiellement vrai car il ne constitue pas l'aboutissement d'une politique nationale unique mais la traduction contemporaine d'un processus de mise en place d'un service public international des communications dématérialisées engagé dès le XIX<sup>ème</sup> siècle. L'internet se définit comme un service global de communications dématérialisées permettant à toute personne connectée d'émettre et de recevoir des données informatiques indépendamment de sa localisation physique. A proprement parler, il ne constitue pas une infrastructure distincte des réseaux nationaux de communication. Il n'advient que du fait de l'interconnexion de ces réseaux nationaux entre eux, ce qui a pu conduire à le définir à juste titre dans le langage courant comme le « réseau des réseaux ».

Cette activité est reconnue dans l'ordre interne comme un service public et dans l'ordre communautaire comme un service universel<sup>688</sup>. Son principe a connu plusieurs déclinaisons techniques: d'abord dans le cadre des communications télégraphiques, puis dans celui des télécommunications et des communications électroniques. La prise en charge juridique de cette activité s'est alors déployée dans le cadre du droit administratif interne et de son concept de service public. Mais par essence même, le secteur des communications est conçu comme un « domaine d'interdépendance » impliquant par principe la relativisation des frontières nationales, à l'instar de la communication postale ou du réseau ferroviaire<sup>689</sup>. En effet, cette activité ne

684 CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *op. cit.*, p. 37.

685 CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *op. cit.*, pp. 54-55.

686 BENSOUSSAN Alain (dir.), *Internet, aspects juridiques, op. cit.*, p. 24: « l'Internet est né sans que l'on s'en rende compte: ce réseau ne résulte pas de la volonté d'une administration décidant de débloquer des fonds pour construire une infrastructure destinée à véhiculer des données dans le cadre d'un réseau créé *ex nihilo*, comme cela a été le cas pour le réseau câblé de la télévision installé dans les villes françaises, par exemple. L'infrastructure de l'Internet a été financée par les organismes qui ont mis en place les réseaux dont ils avaient besoin et qu'ils ont ensuite rattaché à l'Internet ».

687 TÜRK Pauline, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP*, 2013, n° 6, pp. 1489-1521, sp. p. 1497.

688 Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *JOCE* L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

689 RUIZ FABRI Hélène, *op. cit.*, p. 198: « le secteur des communications est par nature un domaine d'interdépendance et, d'ailleurs, on peut facilement présenter le droit international comme le droit des communications, le *Jus communicationis*. Depuis longtemps, les communications, quelle que soit leur nature, font l'objet de réglementations internationales. Ce fut d'abord vrai des moyens « matériels » de communication comme le chemin de fer, mais aussi les communications postales. Mais, très tôt, la question des communications immatérielles s'est posée avec le télégraphe. D'emblée, on a conçu une réglementation internationale puisqu'il s'agissait d'une question d'intérêt commun ».

concerne pas seulement le réseau de communications propre à l'ordre interne mais s'étend à la communication avec d'autres réseaux nationaux. L'interconnexion entre le réseau national français et des réseaux nationaux étrangers constitue une extension internationale de la prestation de service public interne. Elle constitue à ce titre un service public dont les aspects internationaux sont indissociables de leurs aspects internes, sauf à faire perdre une majeure partie de son intérêt au seul réseau interne.

L'interconnexion des premiers réseaux nationaux de communication a nécessité, dès 1865, la constitution de l'Union Internationale des Télégraphes à l'issue de la conférence télégraphique internationale de Paris. Cette convention donne naissance à la première organisation internationale de l'époque moderne en matière administrative, l'Union Internationale des Télégraphes<sup>690</sup>, qui organise ainsi le premier service public international de l'époque contemporaine sous forme d'une union administrative<sup>691</sup>. Cet effort d'interconnexion des réseaux nationaux de communication, quelque soit la technologie employée, a été confirmé peu après, en 1906 à Londres, en matière de radio avec l'instauration d'une Union de la Radio Télégraphie. Dès 1932, ces deux organisations ont fusionné au sein de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT), qui devait être intégrée dès 1947 dans l'ONU en tant qu'organisation administrative spécialisée, à l'issue de la conférence des plénipotentiaires tenue à Atlantic City.

Cette rationalisation administrative permet également pour la première fois d'apporter une définition précise de l'objet de l'UIT<sup>692</sup>. En effet, jusqu'en 1947, cet objet n'est défini que de manière allusive par les conventions télégraphiques internationales. Un service public international se trouve ainsi identifié et constitué juridiquement sans que ses objectifs en terme d'intérêt général international n'aient été précisément définis. La Convention de Paris de 1865 demeure jusqu'à la conférence d'Atlantic City de 1947 le texte le plus prolixe sur ce point, ce qui en dit long sur cet état de carence. Ainsi, en guise de préambule, les participants se déclarent « animés du désir d'assurer aux correspondances télégraphiques échangées entre leurs États respectifs les avantages d'un tarif simple et réduit, d'améliorer les conditions actuelles de la télégraphie internationale, et d'établir une entente permanente entre leurs États, tout en conservant leur liberté d'action pour les mesures qui n'intéressent point l'ensemble du service »<sup>693</sup>. Cette formulation en termes encore vagues de l'intérêt général international s'attachant à l'interconnexion mondiale des réseaux nationaux de communication s'accompagne de la consécration d'un véritable droit reconnu à « toutes personnes » de « correspondre au moyen des télégraphes internationaux »<sup>694</sup>. Ce droit implique deux obligations principales des États contractants au bénéfice du public. Ils s'engagent ainsi « à prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer le secret des correspondances et leur bonne expédition »<sup>695</sup>.

690 MOYNIER Gustave, *Les bureaux internationaux des unions universelles*, A. Cherbuliez, 1892, p. 13 : « Antérieurement à 1865, les gouvernements ne s'étaient jamais constitués en syndicats universels pour des objets d'ordre administratif. Le premier essai qu'ils en firent se rapporta aux télégraphes. Il ne s'agissait point de fusionner les offices nationaux des divers États, mais seulement d'établir une entente qui facilitât leurs rapports mutuels ».

691 Pour une analyse détaillée de l'origine et des moyens de cette première union universelle, voir MOYNIER Gustave, *Les bureaux internationaux des unions universelles*, A. Cherbuliez, 1892, pp. 13-36.

692 Pour une présentation générale et systématique de cet organisme, voir ARES Chantal et De CADARAN Anne, « Postes et télécommunications », *Répertoire international Dalloz*, 1998.

693 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), in Documents diplomatiques de la conférence télégraphique internationale de Paris, Paris, Imprimerie impériale, 1865, p. 1.

694 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 4.

695 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 5.

La qualification de service public international n'est dans un premier temps que faiblement aidée par le droit positif lui-même. En effet, dans la Convention de Paris, qui constituera le modèle des conventions du genre jusqu'en 1947, l'accent est davantage mis sur les opérations matérielles nécessaires à la constitution de ce que son titre premier appelle le « réseau international ». Ces opérations consistent pour l'essentiel en une mise à disposition de la part des États membres de moyens techniques spécifiques et performants<sup>696</sup>, de manière continue<sup>697</sup> et au moyen d'appareils normalisés<sup>698</sup>.

Un tel effort de définition ne sera faiblement relayé au XIX<sup>ème</sup> siècle que par la convention issue de la conférence de Saint-Petersbourg en 1875. Son préambule précise ainsi que les États participants se rencontrent « animés du désir de garantir et de faciliter le service de la télégraphie internationale »<sup>699</sup>. Cette convention semble mettre en avant ce qui constitue selon les plénipotentiaires de l'époque l'intérêt majeur, à savoir le droit reconnu à « toutes personnes » de « correspondre au moyen des télégraphes internationaux » ainsi que l'engagement corrélatif des parties à assurer le secret des correspondances ainsi que leur bon acheminement, en ce qu'elle en fait respectivement les articles 1 et 2 de la convention télégraphique internationale de 1875.

Pour obtenir du droit positif qu'il consacre l'existence d'un service public international en tant que tel, il faut attendre la conférence de Madrid en 1932. Cette dernière présente certes l'intérêt d'unifier le régime général des communications télégraphiques et radio télégraphiques ainsi que de leurs Unions respectives en adoptant un texte commun et en fusionnant leurs organisations au sein de l'Union Internationale des Télécommunications, dont la dénomination demeure à ce jour encore inchangée. Mais elle apporte surtout une précision appréciable quant à la définition de l'objet et des missions de l'UIT, en qualifiant explicitement les activités de télécommunication internationale de service public<sup>700</sup>.

Ce faisant, cette convention semble consacrer une équivalence conceptuelle entre les notions de service public et de service international. Un tel flou est regrettable, au regard de l'unanimité des auteurs au sujet de la qualification de l'UIT et de ses missions comme d'un service public international.

Ainsi, premièrement, Léon Duguit considère que, de pair avec le service public postal international, organisé sur le même modèle que l'UIT<sup>701</sup>, l'activité de communication

696 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 1: « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à affecter au service télégraphique international des fils spéciaux, en nombre suffisant pour assurer une rapide transmission des dépêches. Ces fils seront établis dans les meilleures conditions que la pratique du service aura fait connaître. (...) ».

697 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 2: « Entre les villes importantes des États contractants, le service est autant que possible permanent, le jour et la nuit, sans aucune interruption. (...) ».

698 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 3: « L'appareil Morse reste provisoirement adopté pour le service des fils internationaux ».

699 Convention télégraphique internationale de Saint-Petersbourg et Règlement et tarifs y annexés (1875), in Documents de la Conférence télégraphique internationale de Saint-Petersbourg, Bureau international des administrations télégraphiques, Berne, Imprimerie Rieder & Simmen, 1876, p. 3.

700 Convention internationale des télécommunications de Madrid (1932), Berne, Bureau international de l'union télégraphique, 1933, art 22 intitulé « La télécommunication service public »: « Les gouvernements contractants reconnaissent au public le droit de correspondre au moyen du service international de la correspondance publique. Le service, les taxes, les garanties seront les mêmes pour tous les expéditeurs, sans priorité ni préférence quelconques non prévues par la Convention ou les Règlements y annexés ».

701 Il constitue l'objet de l'Union générale des postes, créée en 1874. Depuis 1878, elle est connue sous le nom d'Union postale universelle et constitue désormais institution spécialisée de l'ONU. Sur la question, voir BOISSON Antoine, « L'union postale universelle et l'évolution de sa structure », *AFDI*, 1959, n°5, pp. 591-604.

dématérialisée constitue une activité de service public imposant aux États aussi bien des obligations dans l'ordre interne que dans l'ordre international<sup>702</sup>. Par ailleurs, cet auteur donne un « *critérium* formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public » : « il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité »<sup>703</sup>. Ce critère justifie chez son auteur l'importance du principe de continuité du service public. Or, il est possible de trouver une telle exigence de continuité au sein du droit positif des communications, et ce dès la Convention de Paris de 1865<sup>704</sup>.

Dans le même esprit, Georges Scelle donne des exemples des services publics internationaux selon lui les plus importants dans trois domaines. Dans celui des relations et des transports, il cite : l'union postale universelle créée en 1874, l'Union télégraphique, l'Union des transports internationaux par chemins de fer de 1890, les diverses Commissions fluviales existantes ainsi que l'Organisation internationale de navigation aérienne. Dans le domaine économique, il mentionne les unions douanières et/ou monétaires, mais centre son analyse sur les Unions pour la protection de la propriété littéraire et artistique et pour la protection de la propriété industrielle. Enfin, dans le domaine de la santé publique, il évoque l'Office international d'hygiène public. L'auteur dénombre, « aux alentours de 1920, 110 Unions et organisations internationales susceptibles d'être assimilées à des services publics internationaux, au moins embryonnaires »<sup>705</sup>.

Enfin, l'ancêtre de l'Union internationale des télécommunications, l'Union internationale des télégraphes, est ainsi explicitement qualifiée par le professeur Charles Chaumont d'établissement public international<sup>706</sup>. De même, le Bureau International des Administrations Télégraphiques au sein de l'UIT constitue le tout premier exemple que donne le professeur Chemillier-Gendreau dans sa thèse de la première phase d'élaboration des services publics internationaux par voie de coopération internationale entre les États.

702 DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, pp. 48-49 : « la transformation économique et industrielle profonde, qui s'est accomplie depuis un siècle dans toutes les nations civilisées (...) a fait naître pour les gouvernants beaucoup de devoirs nouveaux. L'interdépendance étroite qui existe entre les peuples, la solidarité des intérêts économiques, les échanges commerciaux qui deviennent chaque jour plus nombreux et aussi le rayonnement des idées morales, des découvertes et des doctrines scientifiques imposent à tous les États l'obligation d'organiser des services publics qui assurent d'une manière permanente les communications internationales. C'est ainsi que s'est constitué un service public qui dans tous les pays modernes occupe le premier plan : le service des postes et des télégraphes. *Pour aucun autre n'apparaît mieux le caractère juridique de l'obligation qui s'impose aux États, obligation à la fois de droit interne et de droit international.* Dans aucune institution moderne n'apparaît mieux que dans le *service international* des postes la solidarité d'obligations et de droits qui unit toutes les nations ».

703 DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 51.

704 Son article 2 précité affirme un principe de continuité du service qui est « autant que possible permanent, le jour et la nuit, sans aucune interruption ». La continuité de ce service public international se retrouve également au sein de l'article 14 de la même convention, qui énonce que « Lorsqu'il se produit, au cours de la transmission d'une dépêche, une interruption dans les communications télégraphiques, le bureau à partir duquel l'interruption s'est produite expédie immédiatement la dépêche par la poste, ou par un moyen de transport plus rapide, s'il en dispose. - Il l'adresse, suivant les circonstances, soit au premier bureau télégraphique en mesure de la réexpédier par le télégraphe, soit au bureau de destination, soit au destinataire même. Dès que la communication est rétablie, la dépêche est de nouveau transmise par la voie télégraphique, à moins qu'il n'en ait été précédemment accusé réception ».

705 SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 448.

706 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, p. 132 : « On peut observer d'abord que l'établissement public international est créé par une initiative des États. (...). On rencontre donc un traité à l'origine de l'institution. Il en est ainsi pour les « unions » internationales : par exemple la Convention de Berne du 9 octobre 1874 pour l'Union Postale Universelle, la Convention de Paris du 17 novembre 1865 pour l'Union Télégraphique internationale, la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ».

Après la seconde guerre mondiale, la convention adoptée par la conférence des plénipotentiaires d'Atlantic City en 1947 précise et élargit les enjeux du service international des télécommunications. Elle précise ses enjeux en introduisant dans la Convention un article 3 relatif à son objet et aux missions de base qui en découlent<sup>707</sup>. Cette précision ne conduit pas en elle-même à ajouter de nouvelles fonctions à la charge de l'UIT, mais elle a le mérite d'en dresser une liste précise et synthétique. Le seul élargissement des enjeux du service international des télécommunications dans cette convention n'est qu'implicite, en ce qu'il affirme le rattachement de l'UIT au système des Nations-Unies<sup>708</sup>.

Les conventions suivantes de Montreux en 1965<sup>709</sup> et de Malaga-Torremolinos en 1973<sup>710</sup> ne modifieront pas la définition des objectifs et fonctions de l'UIT, le rôle de cette dernière demeurant uniquement « d'établir un ensemble cohérent de règles internationales en vue d'assurer des systèmes de communications efficaces entre les différentes nations du monde »<sup>711</sup>.

### *B/ Un service public international impliquant la liberté de traiter des données personnelles*

L'établissement d'un tel réseau mondial de communication entraîne par principe le traitement de données personnelles<sup>712</sup>. Ceux-ci ne sont pas autorisés au coup par coup mais bénéficient d'une

707 Convention internationale des télécommunications d'Atlantic City (1947), Berne, Bureau de l'Union internationale des télécommunications, 1947, article 3:

«1. L'Union a pour objet:

- a) de maintenir et d'étendre la coopération internationale pour l'amélioration et l'emploi rationnel des télécommunications de toutes sortes;
- b) de favoriser le développement de moyens techniques et leur exploitation la plus efficace, en vue d'augmenter le rendement des services de télécommunication, d'accroître leur emploi et de généraliser, le plus possible, leur utilisation par le public;
- e) d'harmoniser les efforts des nations vers ces fins communes.

2. A cet effet et plus particulièrement, l'Union:

- a) effectue l'attribution des fréquences du spectre et l'enregistrement des assignations de fréquences, de façon à éviter les brouillages nuisibles entre les stations de radiocommunication des différents pays;
- b) favorise la collaboration entre ses Membres et Membres associés en vue de l'établissement de tarifs à des niveaux aussi bas que possible, compatibles avec un service de bonne qualité et une gestion financière saine et indépendante des télécommunications;
- c) provoque l'adoption de mesures permettant d'assurer la sécurité de la vie humaine par la coopération des services de télécommunication;
- d) procède à des études, élabore des recommandations, recueille et publie des informations concernant les télécommunications, au bénéfice de tous les Membres et Membres associés ».

708 Convention internationale des télécommunications d'Atlantic City (1947), *préc.*, article 1<sup>er</sup> de l'Annexe 5 intitulée « Accord entre l'Organisation des Nations-Unies et l'Union internationale des télécommunications »: « Les Nations Unies reconnaissent l'Union internationale des télécommunications, appelée ci-après l' « Union », comme l'institution spécialisée chargée de prendre toutes les mesures appropriées conformes à son Acte constitutif pour atteindre les buts qu'elle s'est fixés dans cet Acte ».

709 Convention internationale des télécommunications de Montreux (1965), Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, Genève.

710 Convention internationale des télécommunications de Malaga-Torremolinos (1973), Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, Genève.

711 DEHOUSSE Franck et ZGAJEWSKI Tania, « De l'U.I.T. À l'O.M.C.: les mutations du droit international des télécommunications », *Revue belge de droit international*, Bruylant, 1999/1, p. 272.

712 Un tel constat est d'ailleurs opéré par le juge de Strasbourg lui-même, dans CEDH, 13 novembre 2007, *Muscio c/ Italie*, n° 31358/03: « En l'espèce, le requérant a reçu dans sa boîte électronique des messages au contenu pornographique, qui ont heurté ses convictions morales. La Cour estime que la réception de communications indésirables ou choquantes peut s'analyser en une ingérence dans la vie privée.

liberté de principe. Cette dernière s'explique par la nécessité pour ces réseaux de traiter de telles données pour leur fonctionnement courant et se traduit par une liberté *a priori* de circulation de l'information<sup>713</sup>. Pour ainsi dire, la réglementation du contenu ne doit pas entraver la constitution du contenant qu'est ce service de transport de l'information. Cela se vérifie par l'exclusion des traitements de données nécessaires à cette infrastructure de communication du champ d'application du droit européen et français des données personnelles. Cette exclusion porte essentiellement sur les traitements permettant indistinctement l'existence et l'optimisation de cette infrastructure. Ces exclusions sont textuelles et jurisprudentielles.

Sur un plan textuel, les instruments relatifs aux données personnelles applicables dans l'ordre interne comportent des exceptions permettant de concilier la protection de ces données avec les exigences d'un fonctionnement minimal du service public international de communications ainsi qu'avec celles de son optimisation.

Les premiers instruments communautaires à l'instar de la directive 95/46 formalisent l'existence de ce lien logique entre l'établissement de réseaux internationaux de communication et l'accroissement mécanique des flux transfrontières de données personnelles<sup>714</sup>. Cela se traduit par l'exclusion du champ des traitements de données personnelles d'une part, des exigences d'un service minimal de communication internationale et, d'autre part, de certains traitements de données nécessaires à l'optimisation de ce service. Tel est le cas pour les simples opérations de transit sur le territoire de l'UE<sup>715</sup>. Tel est le cas pour les procédés permettant une optimisation de la

La Cour observe que la diffusion d'Internet et des systèmes d'échange de courriers électroniques a fait naître des possibilités de communication qui n'existaient pas auparavant. En même temps, une fois connectés au réseau Internet, les utilisateurs de ces systèmes ne jouissent plus d'une protection effective de leur vie privée, s'exposant à la réception de messages, images et informations souvent non sollicités ».

713 Il semble évident que la liberté internationale de communiquer par des moyens immatériels implique par principe le franchissement libre des frontières: RUIZ FABRI Hélène, *op. cit.*, pp. 195-196: « La difficulté vient de ce que, dès lors qu'il y a communication, et le franchissement de la frontière implique la communication, il y a une interdépendance. Se pose alors la question de l'appréhension juridique du mouvement (en tant que prétention à franchir la frontière), avec une alternative: ou la frontière implique une interruption systématique de toute mouvement qui prétend la franchir, ou on admet une unité du mouvement et sa régulation ne peut alors être déterminée en seule référence à la territorialité. Or, on sent bien que l'interruption du mouvement à la frontière est un non-sens pour les communications immatérielles. Dans leur cas et quelle que soit leur substance, le franchissement de la frontière ne peut être déterminé que de façon conventionnelle et il s'agira de déterminer la compétence de l'État dans le monde virtuel ». Dans cette optique, un contrôle préalable des opérations menées sur internet paraît contraire à son objet premier : voir également DE BELLESCIZE Diane, FRANCESCHINI Laurence, *Droit de la communication*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011, p. 3.

714 Directive 95/46, *préc.*, préambule, considérant n°6: « considérant, en outre, que le renforcement de la coopération scientifique et technique ainsi que la mise en place coordonnée de nouveaux réseaux de télécommunications dans la Communauté nécessitent et facilitent la circulation transfrontalière de données à caractère personnel »; Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *préc.*, Préambule, considérant n° 6: « L'Internet bouleverse les structures commerciales traditionnelles en offrant une infrastructure mondiale commune pour la fourniture de toute une série de services de communication électronique. Les services de communications électroniques accessibles au public sur l'Internet ouvrent de nouvelles possibilités aux utilisateurs, mais présentent aussi de nouveaux dangers pour leurs données à caractère personnel et leur vie privée ».

715 Directive 95/46, *préc.*, article 4, 1: « Chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque: (...) ; c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, *sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté* ».

navigation sur internet comme la mise en mémoire cachée ou les *cookies*. Ce constat concerne aussi bien les conditions générales de l'organisation technique de la communication qui impliquent la mise en mémoire transitoire d'informations personnelles<sup>716</sup> que des applications spéciales. Ces dernières ne conditionnent pas la transmission même de l'information mais l'optimisent considérablement. Tel est le cas des *cookies*, qui permettent d'accélérer le chargement des pages internet en déposant sur l'ordinateur de la personne qui navigue sur internet l'équivalent dématérialisé d'un ponton pour permettre un accostement rapide du site sur l'ordinateur en question. Tel est également le cas pour les procédés non directement reliés à Internet mais reposant sur la technologie numérique et l'échange de données comme la géolocalisation<sup>717</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, le traitement des données personnelles de l'utilisateur du service qu'est internet ou d'un abonnement de téléphonie mobile implique techniquement et par principe qu'il y ait traitement de données personnelles<sup>718</sup>, que ce traitement soit consenti<sup>719</sup> ou non.

Formalisant cette exigence qui n'était qu'implicite avant les NTIC, l'article 4 de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose dans sa version contemporaine que : « Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux copies temporaires qui sont faites dans le cadre des activités techniques de transmission et de fourniture d'accès à un réseau numérique, en vue du stockage automatique, intermédiaire et transitoire des données et à seule fin de permettre à d'autres destinataires du service le meilleur accès possible aux informations transmises »<sup>720</sup>. Il en va de même pour les dispositions relatives à l'obligation pour tout auteur d'un

716 Directive 2002/58/CE, *préc.*, considérant n° 22: « L'interdiction du stockage des communications et des données relatives au trafic y afférentes par des personnes autres que les utilisateurs ou sans le consentement de ceux-ci ne vise pas à interdire tout stockage automatique, intermédiaire et transitoire de ces informations si ce stockage a lieu dans le seul but d'effectuer la transmission dans le réseau de communications électroniques, pour autant que les informations ne soient pas stockées pour une durée plus longue que le temps nécessaire à la transmission et à la gestion du trafic et qu'au cours de la période de stockage la confidentialité des informations reste garantie. Dans la mesure où l'exige la transmission plus efficace d'informations accessibles au public à d'autres destinataires du service à leur demande, la présente directive ne fait pas obstacle à ce que ces informations soient stockées plus longtemps, à condition qu'elles soient accessibles au public en tout état de cause et sans aucune restriction et que toute donnée concernant les abonnés ou utilisateurs individuels qui les demandent soit effacée ».

717 POULLET Yves, DINANT Jean-Marc et DE TERWANGNE Cécile, *L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet*, Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunications, Conseil de l'Europe, 2004.

718 Directive 95/46, *préc.*, préambule, considérant n°28 pour la navigation internet: « L'obligation d'effacer ou de rendre anonymes les données relatives au trafic lorsqu'elles ne sont plus nécessaires aux fins de la transmission d'une communication n'est pas contradictoire avec les procédures utilisées sur l'Internet, telles que celle de la mise en antémémoire (*caching*), dans le système des noms de domaines, pour les adresses IP ou pour les liens entre une adresse IP et une adresse physique, ou l'utilisation d'informations relatives à la connexion pour contrôler le droit d'accès à des réseaux ou à des services » et considérant n° 35 pour la géolocalisation des équipements de téléphonie mobile: « Dans les réseaux de communications mobiles, des données de localisation indiquant la position géographique de l'équipement terminal de l'utilisateur mobile sont traitées afin de permettre la transmission des communications. Ces données sont des données relatives au trafic couvertes par l'article 6 de la présente directive. Toutefois, les réseaux numériques mobiles peuvent aussi avoir la capacité de traiter des données de localisation qui sont plus précises que ne l'exige la transmission des communications et qui sont utilisées pour la fourniture de services à valeur ajoutée tels que des services personnalisés d'information sur la circulation et de guidage des conducteurs. Le traitement de ces données en vue de la fourniture de services à valeur ajoutée ne devrait être autorisé que lorsque les abonnés ont donné leur consentement. Même dans ce cas, les abonnés devraient disposer d'un moyen simple pour interdire temporairement le traitement des données de localisation et ce, gratuitement ».

719 C'est le cas pour les cookies, qui doivent désormais recueillir le consentement de la personne fichée avant d'être enregistrés sur le disque dur de l'internaute (Ordonnance du 24 août 2011, venant compléter l'article 32 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978).

720 Ce faisant, cette disposition nationale opère la transposition du considérant n° 22 de la directive n° 2002-58

traitement de données personnelles d'informer la personne dont les données sont traitées des modalités du traitement. Dans ce cas, la nécessité du traitement de données opérée soit dans une « finalité exclusive de permettre ou de faciliter la communication par voie électronique », soit lorsque ce traitement « est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur », permet de se dispenser totalement de cette obligation d'information<sup>721</sup>.

Il résulte de ce qui précède que dans le droit posé, les opérations techniques nécessaires au bon fonctionnement d'internet bénéficient d'un régime général d'immunité à l'égard des dispositions concernant la protection des données personnelles. La question de l'efficacité technique du réseau implique alors une liberté de principe de traitement dans le cadre étroit de cette seule finalité.

Sur un plan jurisprudentiel, cette exception à l'application du droit des données personnelles pour permettre le fonctionnement sans entraves du service public aussi bien international qu'interne des communications électroniques s'est trouvée confirmée dans l'arrêt *Bodil Lindqvist*<sup>722</sup>. L'intérêt majeur de cet arrêt de la CJCE est de révéler le choix opéré par le juge communautaire de ne pas faire du droit communautaire des données personnelles un obstacle de principe au développement de l'internet.

En effet, la norme applicable au litige, la directive 95/46 du 24 octobre 1995, comporte un article 25 imposant aux États membres d'interdire tout transfert de données personnelles vers un État tiers dans lequel le niveau de protection des données personnelles ne serait pas considéré comme adéquat par rapport au standard européen<sup>723</sup>. La rigueur de ce principe est atténuée par une série d'exceptions assez larges énumérées de manière limitative à l'article 26 de la même directive. Pour autant, ces exceptions ne permettent pas en soi de justifier des limitations au droit des données personnelles dans le but d'un fonctionnement harmonieux du réseau internet. Or, l'opération consistant à mettre en ligne à partir d'un État membre de l'UE des données personnelles sur un site internet aboutit mécaniquement à ce que ces données soient rendues accessibles à partir de n'importe quel point du réseau. Dans ces conditions, la question se pose

précitée, qui énonce que « L'interdiction du stockage des communications et des données relatives au trafic y afférentes par des personnes autres que les utilisateurs ou sans le consentement de ceux-ci ne vise pas à interdire tout stockage automatique, intermédiaire et transitoire de ces informations si ce stockage a lieu dans le seul but d'effectuer la transmission dans le réseau de communications électroniques, pour autant que les informations ne soient pas stockées pour une durée plus longue que le temps nécessaire à la transmission et à la gestion du trafic et qu'au cours de la période de stockage la confidentialité des informations reste garantie. Dans la mesure où l'exige la transmission plus efficace d'informations accessibles au public à d'autres destinataires du service à leur demande, la présente directive ne fait pas obstacle à ce que ces informations soient stockées plus longtemps, à condition qu'elles soient accessibles au public en tout état de cause et sans aucune restriction et que toute donnée concernant les abonnés ou utilisateurs individuels qui les demandent soit effacée ». De manière générale, les dispositions de cette directive visent à exclure en tout ou partie du régime applicable aux traitements de données personnelles les considérations techniques destinées à favoriser le service de communication au public. Ainsi, le 25<sup>ème</sup> considérant admet la légitimité a priori des témoins de connexion (plus familièrement connus sous le terme de *cookies*) au double motif, d'abord économique, que ce dispositif permet de rendre effective des opérations de publicité (donc *in fine* la réalisation de la liberté d'expression, comme établi *supra*) et ensuite technique, en ce que ces témoins permettent d'améliorer l'accès du public à internet.

721 Loi 6 août 2004, *préc.*, article 32, II.

722 CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, Rec., 2003, p. I-12971.

723 L'article 25,1 de la directive 95/46, qui figure au chapitre IV intitulé « Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers », est libellé comme suit: « Les États membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve du respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat ».

légitimement de savoir si une telle opération, qui emporte matériellement les mêmes effets qu'un transfert de données personnelles à destination potentielle de l'ensemble des États à partir desquels le réseau internet est accessible, constitue un transfert de données personnelles vers un pays tiers. Si tel était le cas, cela reviendrait à imposer aux autorités de contrôle des États membres d'examiner la légalité de l'intégralité des opérations de mise en ligne d'informations personnelles, en imposant à toute personne physique ou morale se livrant à une telle opération des formalités administratives allant de la déclaration à la procédure d'autorisation préalable. Une telle tâche paraît impossible à accomplir dans un contexte de libre-circulation de l'information, en ce qu'elle équivaldrait à soumettre tout créateur de contenu en ligne, même à titre occasionnel comme un blogueur ou un contributeur occasionnel sur un forum, aux formalités préalables d'un régime de police administrative spéciale (voir *infra*, deuxième partie, titre 2). Dans ces conditions, le fait de considérer l'inscription sur un site de données personnelles comme un transfert de données personnelles vers un pays tiers aurait logiquement conduit au cloisonnement territorial du réseau internet.

Dans cette affaire, la Cour commence par qualifier les comportements litigieux de Mme Lindqvist, consistant en l'inscription sur un site internet de données personnelles relatives à des collègues de travail<sup>724</sup>. Afin de déterminer si l'opération litigieuse constitue ou pas un transfert de données personnelles, la Cour raisonne en deux temps.

En premier lieu, elle clarifie d'un point de vue technique la chaîne d'opérations impliquées par la mise en ligne de données sur un site internet. L'opération consistant pour un utilisateur d'internet à mettre en ligne des données se traduit d'un point de vue technique par la transmission par l'utilisateur de ces données vers son fournisseur de service d'hébergement. Ce dernier « gère l'infrastructure informatique nécessaire pour assurer le stockage de ces données et la connexion du serveur qui héberge le site Internet. Cela permet la transmission ultérieure de ces données à toute personne qui s'est connectée à Internet et demande à les obtenir. Les ordinateurs qui constituent cette infrastructure informatique peuvent être situés, et même sont souvent situés, dans un ou plusieurs pays autres que celui du lieu d'établissement du fournisseur de services d'hébergement, sans que la clientèle de celui-ci en ait ou puisse raisonnablement en prendre connaissance »<sup>725</sup>. De cette nature technique, le juge communautaire déduit que, d'un point de vue purement factuel, une opération de mise en ligne de données sur un site internet n'entraîne pas *ipso facto* communication de ces données à des tiers établis dans des États extérieurs à l'UE. En effet, une personne établie dans un pays tiers devra réaliser des opérations volontaires pour accéder à ces données. Dans ces circonstances, « les données à caractère personnel qui arrivent sur l'ordinateur d'une personne située dans un pays tiers, en provenance d'une personne qui les a chargées sur un site Internet, n'ont pas été transférées directement entre ces deux personnes mais au travers de l'infrastructure informatique du fournisseur de services d'hébergement où la page est stockée »<sup>726</sup>.

En second lieu, dans la mesure où la directive 95/46 ne détermine pas le contenu de la notion

724 CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, §25: « Quant à la notion de «traitement» de telles données employée à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 95/46, elle comprend, conformément à la définition figurant à l'article 2, sous b), de celle-ci, «toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel». Cette dernière disposition mentionne plusieurs exemples de telles opérations, parmi lesquels figurent la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition de données. Il s'ensuit que l'opération consistant à faire figurer, sur une page Internet, des données à caractère personnel est à considérer comme un tel traitement ».

725 CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, §59.

726 *Prec.*, §61.

de « transfert de données personnelles vers un pays tiers », le juge recherche la volonté du législateur communautaire telle qu'elle ressort de l'économie générale de cette directive pour alors distinguer dans cet instrument deux régimes, un général applicable aux traitements de données personnelles se déroulant sur le territoire européen et un spécial, infiniment plus restrictif, régissant les flux de données personnelles quittant l'UE. En l'absence d'indication explicite de la volonté du législateur communautaire d'inclure l'Internet naissant dans le cadre de ce régime spécial, le juge considère que la mise en ligne d'informations personnelles par un internaute européen ne constitue pas un flux transfrontière de données au sens de l'article 25 de cette directive, en ce qu'une telle opération ne vaut pas en soi transfert sans l'action volontaire d'un internaute localisé dans un État tiers de l'UE<sup>727</sup>.

Ce faisant, la portée de l'arrêt est considérable, en ce qu'elle revient à placer le développement de l'internet sous le signe de la liberté, évitant ainsi un morcellement territorial du réseau.

## **§2 – Une libre circulation de l'information systématisée dans le cadre de la libéralisation du commerce international des services**

Il existe une thèse, assez répandue, selon laquelle le principe de libre circulation de l'information impliquerait la circulation de données personnelles du fait de leur qualité de marchandise<sup>728</sup>. Que

727 *Prec.*, §69.

728 Une telle confusion est particulièrement courante et se perçoit, dans le cadre d'un recensement non exhaustif, tant au sein des débats parlementaires relatifs au sujet (1) qu'au sein des documents et études produits par le Conseil d'État (2) et des manuels d'enseignement (3).

1) JORF, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Seconde session ordinaire de 1992-1993 (73<sup>ème</sup> séance), Compte rendu intégral, 1<sup>ère</sup> séance du vendredi 25 juin 1993, Intervention de Maurice LIGOT, p. 2287: « En second lieu, toute intervention communautaire effectuée au nom de la réalisation du marché intérieur risque de déboucher sur l'assimilation des données informatisées à de simples marchandises. Le seul objectif d'assurer la libre circulation des données informatisées est en contradiction avec la tradition française consistant à octroyer une protection particulière et un statut spécifique aux données à caractère personnel » et p 2289: « Mais aujourd'hui, chacun le sait, les informations et les fichiers informatisés de clientèles notamment, ont pris une valeur marchande. Et c'est au tour de l'Europe de se pencher sur ce problème . En soi, la démarche n'est pas choquante. Au contraire. La libre circulation des biens et des personnes à l'intérieur de l'espace européen définie par l'Acte unique et renforcée par le traité de Maastricht appelle à s'interroger et à rechercher des solutions. Il serait malsain que, sous le prétexte de leur valeur marchande, parce que les données informatiques sont les accessoires de marchandises, les fichiers nominatifs « suivent » en quelque sorte ces dernières et se voient appliquer leur régime. Il faut donc trouver aujourd'hui des solutions à un problème qui se pose au plan européen de la même façon qu'il s'est posé, dès 1976, dans notre pays. La problématique est donc la même ».

2) *Internet, enjeux juridiques*, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par Isabelle Falque-Pierrotin, La Documentation française, Rapport officiel, 1997, p. 64: « La libre circulation des marchandises étant l'un des objectifs de la Communauté (article 59 de la CEE), une éventuelle intervention de la Communauté sur Internet peut se justifier au nom de la libre circulation de l'information ».

3) COLLIARD Claude-Albert et LETTERON Roseline, *Libertés publiques*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2005, p. 388: « Le développement considérable de l'informatique à la fin des années soixante-dix a suscité des réflexions sur l'encadrement juridique de son usage. Une première tendance, largement dominée par la doctrine américaine, a considéré que le droit devait s'organiser autour de la notion de « libre circulation des données ». Les données informatiques sont alors considérées comme des biens, et il convient de protéger la libre circulation et les échanges commerciaux dont elles font l'objet, la protection de la vie privée n'étant qu'une préoccupation secondaire (...). Une seconde tendance, à laquelle se rattache le système français, est articulé au contraire autour de la notion de « protection des données ». Elle met l'accent sur les menaces pour la vie privée induites par la généralisation de l'usage de l'informatique, et incite les États à se doter d'une législation protectrice ».

ces données puissent marginalement être considérées comme telles est exact<sup>729</sup>. Mais l'intérêt économique impliquant la libéralisation de leur circulation réside dans la libre prestation de service<sup>730</sup>, qui implique une liberté de principe du traitement rationnel de l'information personnelle.

En effet, ce genre de traitement apparaît comme impliqué par les formes contemporaines de l'échange économique. Cette implication apparaît bien davantage en jeu dans le commerce des services que dans celui des biens. Ainsi, dans ce dernier cas, l'achat d'un bien dans une boulangerie n'implique pas en soi traitement de données personnelles. En revanche, la prestation de services implique bien plus volontiers un tel traitement, ne serait-ce que pour des considérations aussi triviales que la prise de rendez-vous ou la facturation impliquant la divulgation, même partielle, de son identité. La prestation de service public en constitue ainsi l'archétype, impliquant un tel traitement à la fois à raison de son origine publique (voir *supra*, chapitre 1) et à la fois à raison de son caractère de service<sup>731</sup>.

Ce lien nécessaire entre le traitement de certaines données personnelles et la délivrance de la prestation de services a été formalisé à titre principal dans l'article 2,g, de la Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques» de 2002), qui définit le « service à valeur ajoutée » comme « tout service qui exige le traitement de données relatives au trafic ou à la localisation, à l'exclusion des données qui ne sont pas indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation ». Cette consubstantialité du traitement de certaines données personnelles à la prestation de service dématérialisée est d'ailleurs formalisée au sein de cette directive par la définition de la catégorie des « données relatives au trafic ». Sont considérées comme telles au titre de l'article 2,b de cette directive « toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation ». Dans la mesure où ces traitements de données, notamment personnelles, sont fondamentalement nécessaires à l'offre de prestations de « services à valeur ajoutée », un régime particulièrement sévère leur est appliqué<sup>732</sup>.

729 Une telle approche a d'ailleurs été systématisée dans un ouvrage de management: BELLEIL Arnaud, *E-privacy, le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'internet*, Dunod, 2001. De manière générale, sur la question du caractère patrimonial des données personnelles, voir *infra*, deuxième partie, titre 1.

730 RUIZ FABRI Hélène, Immatériel, territorialité et État, *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999, p. 201: « Le point de vue qui prévaut est celui de la libéralisation et, par exemple, il est sans doute significatif que le débat sur les flux d'informations se soit déplacé de l'Unesco vers l'Organisation mondiale du commerce (OMC) où il est inclus dans les débats sur les services ».

731 KNAPP Blaise, « La protection des données personnelles : droit public suisse », *RIDC*, Vol. 39 n°3, Juillet-septembre 1987, p. 583: « l'autorité administrative doit nécessairement connaître un grand nombre de données personnelles concernant les administrés pour pouvoir fonctionner. Il y a là une différence essentielle par rapport aux relations entre deux personnes privées, par exemple, un boulanger n'a pas besoin de savoir qui lui achète du pain pour passer un contrat avec son acheteur ; il ne devient intéressé à connaître plus de détails au sujet de la personnalité de l'acheteur que lorsqu'il complète sa vente par des conditions particulières, par exemple un crédit ».

732 Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»), article 6 consacré aux « Données relatives au trafic »: « 1. Les données relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs traitées et stockées par le fournisseur d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques accessibles au public doivent être effacées ou rendues anonymes lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication sans préjudice des paragraphes 2, 3 et 5, du présent article ainsi que de l'article 15, paragraphe 1. 2. Les données relatives au trafic qui sont nécessaires pour établir les factures des abonnés et les paiements pour interconnexion peuvent être traitées. Un tel traitement n'est autorisé que jusqu'à la fin de la période au cours

À cet égard, il convient de s'appuyer sur la distinction très tôt établie par la CJCE entre les messages qui circulent en étant incorporés à un support et les messages dont la circulation n'est pas réductible à leur support. La première hypothèse relève du domaine de la liberté des marchandises<sup>733</sup> et la seconde de la libre circulation des services<sup>734</sup>. Le Professeur belge Mertens De Wilmar en déduit que « la *ratio* de cette distinction amène naturellement à soumettre les flux de données télématiques qui, par définition, circulent sans déplacement du support, aux dispositions relative à la libre circulation des services »<sup>735</sup>. Dans cette optique, la circulation des données personnelles ne constitue pas la fin mais le moyen d'une prestation économique.

Certes, la liberté de circulation de l'information apparaît fondée en premier lieu sur le développement d'un service public international de télécommunication. Cette première étape consiste en la coordination des réseaux nationaux dans le but de permettre une communication dématérialisée transfrontière. L'accroissement des possibilités de communication apparaît alors comme une fin en soi, un intérêt général international assuré par l'UIT et les États parties à ses traités. Mais à partir du début des années 1980, la poursuite de cet intérêt va se voir intégrer dans la politique de libéralisation économique des services menée sous l'égide du GATT. La raison de cette intégration est que les communications dématérialisées transfrontières constituent un préalable nécessaire à toute libéralisation effective dans ce domaine. On assiste alors progressivement à une fusion entre les intérêts de la libéralisation de ce secteur et l'intérêt du développement des communications internationales (A). Le principe de cet arrimage progressif entre ces deux problématiques implique mécaniquement que le droit des données personnelles ait pu être conçu dans ce cadre, dès l'origine, comme un instrument du protectionnisme avant d'être considéré comme un instrument de protection des droits de l'homme (B).

### *A/ L'émergence d'une problématique commune à l'UIT et à l'OMC*

Le titre de l'article d'un auteur nord-américain résume de manière particulièrement pertinente cette étape de la formation de la Société de l'information: « Rules of the road for global electronic

de laquelle la facture peut être légalement contestée ou des poursuites engagées pour en obtenir le paiement.3. Afin de commercialiser ses services de communications électroniques ou de fournir des services à valeur ajoutée, le fournisseur d'un service de communications électroniques accessible au public peut traiter les données visées au paragraphe 1 dans la mesure et pour la durée nécessaires à la fourniture ou à la commercialisation de ces services, pour autant que l'abonné ou l'utilisateur que concernent ces données ait donné son consentement. Les utilisateurs ou abonnés ont la possibilité de retirer à tout moment leur consentement pour le traitement des données relatives au trafic. 4. Le fournisseur de service doit informer l'abonné ou l'utilisateur des types de données relatives au trafic qui sont traités ainsi que de la durée de ce traitement aux fins visées au paragraphe 2 et, avant d'obtenir leur consentement, aux fins visées au paragraphe 3. 5. Le traitement des données relatives au trafic effectué conformément aux dispositions des paragraphes 1, 2, 3 et 4 doit être restreint aux personnes agissant sous l'autorité des fournisseurs de réseaux publics de communications et de services de communications électroniques accessibles au public qui sont chargées d'assurer la facturation ou la gestion du trafic, de répondre aux demandes de la clientèle, de détecter les fraudes et de commercialiser les services de communications électroniques ou de fournir un service à valeur ajoutée; ce traitement doit se limiter à ce qui est nécessaire à de telles activités. 6. Les paragraphes 1, 2, 3 et 5 s'appliquent sans préjudice de la possibilité qu'ont les organes compétents de se faire communiquer des données relatives au trafic conformément à la législation en vigueur dans le but de régler des litiges, notamment en matière d'interconnexion ou de facturation ».

733 CJCE, 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb Membran GmbH c/ GEMA*, aff. 55 et 57/80, Rec. 1981, p. 00147.

734 CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, Rec. 1974, p. 00409.

735 MERTENS DE WILMARS Josse, « Avant propos », in CELIM, *Droit communautaire et liberté des flux transfrontières*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1988, p.6.

highways: merging the trade and technical paradigms »<sup>736</sup>. Cette étape essentielle consiste en la symbiose progressive entre les instruments juridiques relatifs au service public international des communications et ceux relatifs au développement économique global. D'un point de vue institutionnel, elle consiste en une coordination et une collaboration de l'UIT, de l'ONU et de l'OMC en vue de développer les communications globales. La promotion d'un service public international de télécommunications puis de communications électroniques ne constitue plus alors uniquement un but en soi (ce qu'elle était initialement avec l'UIT), mais l'instrument préalable à une politique plus générale soit de développement économique international (ONU), soit de libéralisation économique (OMC).

Cette symbiose se traduit concrètement par le fait que les réseaux de télécommunications ne servent plus uniquement à la fourniture du service de communication, mais constituent également le support croissant d'offres de services distincts aussi divers que variés<sup>737</sup>. Cette évolution a abouti à un tel degré qu'aujourd'hui, l'utilisation de moyens de communications électroniques a le plus souvent un but étranger à la seule communication ou à l'échange d'informations. L'utilisation d'internet pour la communication et, paradoxalement, des téléphones portables de nouvelle génération, tend alors à être motivée dans une proportion croissante par la recherche d'une prestation de service distincte de celle de la communication. Pour le dire autrement, nous tendons à utiliser de plus en plus nos téléphones portables pour nous informer, nous distraire, nous cultiver, plutôt que pour communiquer.

Cette symbiose constitue ainsi l'essentiel de la dynamique juridique aboutissant à la formation de ce que nous appelons société de l'information. Reposant sur l'idée d'une libre circulation globale de l'information, cette dynamique s'oppose frontalement depuis l'origine à l'édition de mesures nationales de protection des données personnelles, considérées alors mécaniquement comme des barrières non tarifaires au sens du droit international économique.

La formalisation de cette union est palpable dès les années 1980, quand la dénomination de ce que nous appelons aujourd'hui l'Internet passe d'une appellation technique -la télématique- à une appellation technico-économique: le Réseau Numérique avec Intégration de Service (RNIS). Elle passe par deux étapes distinctes d'un point de vue logique mais qui se sont déroulées de manière quasi simultanée dans le temps. La première de ces étapes consiste en la conceptualisation du rapport logique unissant le développement des communications au développement économique global (1). La seconde consiste en la formalisation de cette politique globale au sein d'instruments juridiques spécifiques ainsi que par l'établissement de coopérations institutionnelles (2).

### **1) Les communications comme préalable au développement international économique**

Cette conceptualisation est passée par la prise en considération, au tournant des années 1980, du rôle clef de l'information en tant que matière première d'une possibilité de développement

736 REIDENBERG R. Joël, « Rules of the road for global electronic highways: merging the trade and technical paradigms », *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 6, Spring Issue, 1993, pp. 287-305.

737 POULLET Yves, DINANT Jean-Marc et DE TERWANGNE Cécile, *L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet*, Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunications, Conseil de l'Europe, 2004, p.7: « Avant 1990, pour la plupart des gens, les réseaux de télécommunication se résumaient à deux usages : le téléphone, voire le télécopier. De nombreux usages n'étaient pas liés à l'utilisation d'un réseau de télécommunication téléphonique, et notamment: lire un journal, commander un bien ou un service, écouter la radio, regarder la télévision, placer une petite annonce, consulter un annuaire ou des petites annonces, effectuer un paiement, ouvrir une porte, envoyer ou recevoir du courrier, etc ».

économique mise alors en lumière dans le secteur des services. La doctrine anglophone en général et nord-américaine en particulier a joué un rôle nettement précurseur dans cette prise de conscience<sup>738</sup>. Cette avance se justifie par la volonté marquée des États-Unis d'Amérique d'inclure, dans le tournant des années 1980, le secteur des services au sein du domaine de compétence du GATT<sup>739</sup>. Rétrospectivement, une telle entreprise se justifie au regard de l'ampleur du secteur des services en tant que source de création des richesses des pays développés<sup>740</sup>.

Il n'a toutefois pas échappé à cette même doctrine que l'intégration de ce nouveau champ dans le processus de libéralisation internationale des échanges s'avérait particulièrement difficile, en raison de l'érosion mécanique de la souveraineté nationale auquel il conduisait<sup>741</sup>. En effet, la difficulté principale dans cette opération réside en ce que « contrairement à une vente de marchandises, la fourniture internationale de services ne constitue pas une opération unique, sèche, qui s'épuise en elle-même. Autrement dit, elle n'est pas autonome. Dès lors, pour se réaliser concrètement, la libre prestation internationale de services a besoin de la présence concomitante d'autres libertés économiques qui en assureront le support »<sup>742</sup>. Dépendant ainsi d'un bouquet de libertés complémentaires pour s'épanouir, telles la libre-circulation et le libre établissement des personnes, la liberté des paiements internationaux et la liberté des investissements<sup>743</sup>, sa mise en œuvre effective conduit à remettre en cause un nombre particulièrement important de mesures nationales, dont un certain nombre relève *a priori* du seul exercice de la souveraineté nationale.

Cette politique d'origine nord-américaine a trouvé un écho institutionnel favorable au sein de la CEE qui, dans son Livre vert de 1987 sur le développement du Marché commun des services et équipements des télécommunications a sobrement résumé et formalisé cette nouvelle problématique de la façon suivante: « des infrastructures et des services de télécommunication appropriés sont une condition *sine qua non* pour garantir la libre circulation de l'information dans

738 Voir ainsi, avec une contribution directement contemporaine de l'adoption en France de la loi du 6 janvier 1978, EGER M. John, « Emerging restrictions on transnational data flows: privacy protection or non tariff trade barriers? », *Law and Policy in International Business*, Vol. 10, Issue 4 (1978), p. 1061 : « We have become increasingly dependent upon these various forms of information for the growth and health of the economy, the smooth functioning of institutions and the quality of our individual lives. In simple terms, information has become a marketable, transferable, exportable commodity – a commodity for production, sale and consumption in which more and more of us are engaged every day ».

739 BERG G. Terrence, « Trade in Services: Toward a « Development Round » of GATT Negotiations Benefiting Both Developing and Industrialized States », *Harvard International Law Journal*, Vol. 28, Number 1, Winter 1987, p. 2: « A central goal of United States trade policy during the 1980s has been to bring trade in services under the free trade umbrella of the GATT ».

740 CACHARD Olivier, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2008, p. 153: « en 2005, les services représentaient plus de 70% du produit national brut de l'Union européenne. Le commerce des services alimente aujourd'hui plus du tiers des échanges mondiaux ».

741 BIGELOW Robert, « Transborder data flow barriers », *Jurimetrics Journal*, Vol.20, Issue 1 (Fall 1979), p. 8: « A nation 's right to control the flow of information across its borders has become more controversial as computers have married telecommunications and the cost of electronic data processing has become more distance independent. The right to control information reaching one's citizens have long been a prerequisite of national sovereignty » ; BERG G. Terrence, *op. cit.*, p. 3: « Concerns about national autonomy give rise to another barrier to liberalization of trade in services. Governments frequently subject service industries to rigorous regulations or strict ownership requirements meant to make these sectors instruments of national policy. The most regulated service industries include insurance, banking, telecommunications, transportation, data processing and shipping. Bringing services under the GATT free trade regime is likely to interfere with domestic economic policies and thereby undermine national autonomy ».

742 CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, p. 296.

743 CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *op. cit.*, p. 297. Voir également CACHARD Olivier, *op. cit.*, p. 157.

la Communauté de l'avenir. Les infrastructures de réseaux et les services de télécommunications seront le conduit par lequel circulera l'information. La fourniture de services d'informations et un libre marché du contenu de l'information sont indispensables pour assurer la meilleure utilisation possible des infrastructures de réseaux et des télécommunications »<sup>744</sup>.

Or, les télécommunications jouent à l'égard du commerce des services un rôle clef, en ce qu'ils en constituent l'infrastructure de base. Une libéralisation des services implique donc en priorité d'une part, de trouver une solution aux barrières non tarifaires susceptibles de grever le développement de ce secteur, afin de rendre les réseaux de communication interopérables et, ce faisant, de rendre possible le commerce des services. Une libéralisation de ce secteur implique, d'autre part, d'éradiquer les obstacles non tarifaires de fait que constituent l'appropriation par certaines personnes publiques ou privées d'infrastructures ou de sociétés ou de technologies clefs. Il s'agit pour ainsi dire de rendre accessible à tous les facilités essentielles du secteur, au sens du droit de la concurrence<sup>745</sup>. Dans le secteur des télécommunications, cela implique deux évolutions. La première est l'adoption d'une normalisation internationalement reconnue pour permettre l'interopérabilité des différents réseaux nationaux de télécommunications. Cette mission était déjà traditionnellement dévolue à l'UIT. Le caractère indispensable d'une telle mesure pour une réelle libéralisation des services explique la collaboration croissante entre l'UIT et l'OMC au cours des années 1990. La seconde est la fin des monopoles nationaux relatifs aux télécommunications qui, bien souvent, favorisaient l'utilisation nationale de standards et de procédures non interopérables.

Dans ces conditions, les réunions relatives à la libéralisation des services dans le domaine des télécommunications au sein des négociations de l'Uruguay Round ont du prendre en considération dès l'origine les questions relatives aux instruments nationaux relatifs au droit des données personnelles<sup>746</sup>.

## 2) Les communications comme objet du développement international économique

La libéralisation internationale de l'échange des services a entraîné l'entrée des télécommunications dans le domaine du droit international économique à deux titres: en tant qu'activité de service d'une part<sup>747</sup> (a), en tant qu'activité nécessaire à la libéralisation des prestations de services d'autre part<sup>748</sup> (b).

744 Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final, p. 138.

745 GAVALDA Christian et PARLEANI Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6<sup>ème</sup> édition, Litec, 2010, p. 381 : on entend par « facilités essentielles » des « actifs qui sont généralement détenus par des monopoles, qui dominent donc des marchés amont, et qui sont essentiels pour accéder à des marchés voisins, parallèles ou aval. Tel est le cas des ports (...), des aéroports, des infrastructures ferroviaires (...). Ces facilités essentielles peuvent aussi résulter d'un monopole de fait, ou du monopole légal que confèrent les droits de propriété industrielle ou intellectuelle ».

746 GATT, Working group on telecommunication service – Note on the Meeting of 10-12 september 1990, MTN.GNS/TEL/3, 12 octobre 1990.

747 RAPP Lucien, « Les accords du GATT et les activités de télécommunications », SFDI, Colloque de Nice, *La réorganisation mondiale des échanges*, Pedone, 1996, p. 156: à l'exception des activités de fabrication des équipements terminaux, « les activités de télécommunications sont par nature des activités de services ».

748 RAPP Lucien, *op. cit.*, p. 155: « les télécommunications sont appelées à prendre une place essentielle dans l'économie de demain, de telle sorte que non seulement leur développement ne doit pas être entravé mais encore que le régime qui leur est applicable, ne doit pas être un obstacle à l'expansion du commerce des services ».

## a) Les communications, objets et moyens de la prestation de service

On retrouve encore aujourd'hui, y compris dans des ouvrages juridiques, une définition d'internet le plus souvent purement technique. Dans cette acception, internet y est défini en tant que réseau de réseaux constitué par des protocoles de communications à vocation mondiale<sup>749</sup>. Une telle approche technique est nécessaire mais doit être dépassée dans le cadre d'une analyse juridique.

La télématique est conçue dans sa définition même comme une prestation ou un ensemble de prestations de services<sup>750</sup>, soit de manière autonome, soit de pair avec les services audiovisuels<sup>751</sup>. Ce terme désigne l'union de l'informatique et du téléphone, ainsi que l'ensemble des prestations de service induites par cette union<sup>752</sup>. Elle ne se réduit pas à une prestation de service particulière comme la communication audiovisuelle car l'ensemble des activités permises par les communications électroniques ne s'y réduit pas<sup>753</sup>. Du reste, les activités liées à la communication audiovisuelle ne constituent juridiquement qu'une variété de prestation de services<sup>754</sup>.

749 BENSOUSSAN Alain (dir.), *Internet, aspects juridiques, op. cit.*, p. 13: l'internet ou l'« *Inter Communication Network* » est un concept de communication qui regroupe de très nombreuses acceptions. Sous cette dénomination, se dégagent principalement trois notions:

- un réseau de réseaux;
- un langage technique, combinaison de protocoles de communications à vocation mondiale ;
- une myriade de services ».

750 Pour une telle qualification explicite, voir par exemple la Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»), JOUE du 31 juillet 2002, p. 42, dont l'article 3,1) intitulé « services concernés » énonce que: « La présente directive s'applique au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté ».

751 Arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, JORF du 17 janvier 1982, p. 626: « Ensemble des services de nature ou d'origine informatiques pouvant être fournis à travers un réseau de télécommunications ».

752 MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, « La loi du 29 juillet 1982 sur l'audiovisuel et ses effets sur la télématique », in *Télématique et communication : un nouveau droit?*, Actes des Troisièmes Entretiens de Nanterre de Droit de l'Informatique organisés le 20 octobre 1983 par l'Université de Paris X, Economica, 1985, p. 4: « On notera à cet égard d'abord que le terme « télématique » n'est pas repris, mais incontestablement la loi inclut le couplage de l'informatique et de la télévision ou du téléphone avec tous les services nouveaux que ce couplage engendre ».

753 *Contra*, mais à une époque où internet tel que nous le connaissons aujourd'hui ne constituait alors qu'une chimère: MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, *op. cit.*, p. 4.

754 Directive 89/552/CEE du Conseil, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE L 298 du 17 10 1989, p. 23: « considérant que le traité prévoit la libre circulation de tous les services fournis normalement contre rémunération, sans exclusion liée à leur contenu culturel ou autre et sans restriction à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire du service;

considérant que ce droit appliqué à la diffusion et à la distribution de services de télévision est aussi une manifestation spécifique, en droit communautaire, d'un principe plus général, à savoir la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par l'article 10 paragraphe 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ratifiée par tous les États membres; que, pour cette raison, l'adoption de directives concernant l'activité de diffusion et de distribution de programmes de télévision doit assurer le libre exercice de cette activité à la lumière dudit article, sous réserve des seules limites prévues au paragraphe 2 du même article et à l'article 56 paragraphe 1 du traité;

considérant que les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres applicables à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle et de distribution par câble présentent des disparités dont certaines sont susceptibles d'entraver la libre circulation des émissions dans la Communauté et de fausser le jeu

Le premier rapport officiel commandé par le gouvernement français sur les enjeux de l'internet, après une présentation sommaire de l'architecture technique, détaille directement les « types de services offerts par le réseau »<sup>755</sup>. Ces services englobent la messagerie électronique, les forums de discussion, des services audiovisuels et des services de commerce électronique<sup>756</sup>. Il paraît toutefois difficile de les caractériser plus précisément en raison de leur réversibilité et de leur polyvalence<sup>757</sup>.

Pourtant, l'auteur du rapport en conclut à ce que « la qualification des services est importante puisqu'elle va déterminer le régime juridique applicable des services et partant des acteurs de l'Internet »<sup>758</sup>. L'auteur essaie ainsi de segmenter les activités sur Internet selon qu'il est utilisé comme un « service audiovisuel utilisant un réseau de communication » ou en tant que « service dont la nature est de la correspondance privée »<sup>759</sup>.

L'organisation technique d'internet incline à considérer que la circulation des informations y est libre, en raison des difficultés propres à sa régulation *a priori*<sup>760</sup>. Le choix du mode de régulation des activités de services sur internet s'est donc porté sur un régime libéral dans lequel tout est par principe autorisé sauf ce qui est expressément interdit, et dans lequel l'intervention *a priori* d'une autorité de police administrative est normalement absente<sup>761</sup>. Les activités sur internet sont donc libres par principe<sup>762</sup>. Il en résulte que si le régime de droit commun des services en ligne est libéral *a posteriori*, alors celui des traitements de données personnelles, qui sont indissociables de ces prestations, l'est également.

Dans le premier rapport français sur *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, la télématique y est définie comme un ensemble de services, que les auteurs classent en trois catégories: la « fourniture d'une information », la « réalisation d'une transaction » dans le cadre d'un contrat de vente à distance ou la « réalisation d'une opération », c'est à dire dans le cas où « l'information peut ne pas être l'objet immédiat du service, mais son moyen d'exécution, lorsque le but est la télécopie, la télécomposition, la télémaintenance, etc... »<sup>763</sup>. En fait, ces trois domaines

de la concurrence à l'intérieur du marché commun;

considérant que toutes ces entraves à la libre diffusion à l'intérieur de la Communauté doivent être supprimées en vertu du traité ».

755 *Internet, enjeux juridiques*, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par Isabelle Falque-Pierrotin, La Document française, Rapport officiel, 1997, p. 21.

756 *Internet, enjeux juridiques*, *op. cit.*, pp. 21-22.

757 *Internet, enjeux juridiques*, *op. cit.*, p. 35: « Il ressort de cette analyse que les critères légaux, réglementaires et jurisprudentiels rendront difficiles une segmentation a priori des services offerts sur Internet en deux blocs: communication audiovisuelle et correspondance privée ; la plupart des services sont hybrides et l'on passe indifféremment de l'une à l'autre ; en outre un même service (*e-mail* par exemple) peut être public ou privé selon les circonstances ».

758 *Internet, enjeux juridiques*, *op. cit.*, p. 35.

759 *Internet, enjeux juridiques*, *op. cit.*, pp. 35-39.

760 *Internet, enjeux juridiques*, *op. cit.*, p. 76: « Par sa structure d'interconnexion de plus de 70000 réseaux et son mode de fonctionnement actuel, Internet semble difficilement s'inscrire dans un schéma de contrôle administré de type contrôle a priori: aucune autorité unique ne gère les flux de données, chacun peut à tout moment et de sa propre initiative être émetteur et récepteur d'informations ; celles-ci enfin ne connaissent pas les frontières. On voit mal, dans ces conditions, une réglementation contraignante d'autorisations et d'obligations de contenus se mettre en place, comme il en existe, au nom de la rareté des fréquences, pour la télévision ».

761 *Internet, enjeux juridiques*, *op. cit.*, p. 76.

762 MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, *op. cit.*, p. 5: « Deuxième observation préalable: la loi inscrit donc le développement de la télématique dans un contexte de liberté ».

763 DE LAMBERTERIE Isabelle et HUET Jérôme (dir.), *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, Rapport au

peuvent se réduire à deux: liberté de prestation de service et liberté d'administration.

Cette activité de libre prestation de service exercée par le biais de moyens de communications dématérialisées implique la liberté de circulation de l'information, y compris personnelle. Le traitement de données personnelles paraît consubstantiel à l'immense majorité des prestations de service. Il l'est tant pour la fourniture du service que pour sa facturation<sup>764</sup>. Plus encore, certains types de services spécifiques comme les services financiers impliquent par principe une libre circulation des données, y compris personnelles, dans le cadre de transactions financières internationales, c'est à dire pour la réalisation même de leur objet<sup>765</sup>.

#### b) Les communications, support de la prestation de service

La liberté de prestation de services est une liberté complexe qui dépend pour sa réalisation pleine et effective du respect concomitant d'un certain nombre de libertés annexes comme la liberté de circulation des capitaux<sup>766</sup> et une certaine liberté contractuelle<sup>767</sup>. La libre circulation de

Conseil de la Recherche du Ministère de la Justice, Paris, LGDJ, 1987, p. 185.

764 BENYKHELF Karim, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, thèse, Thémis – Université de Montréal, 1992, pp. 361-362: « Quant aux médias interactifs, leur simple utilisation entraîne la création de données personnelles. L'utilisation nous renseigne ainsi, par exemple, sur les achats effectués, la nature des transactions financières, l'objet des interrogations aux diverses banques de données, les réponses aux sondages, le visionnement de certains films etc. L'utilisateur doit en effet fournir certaines informations s'il entend se prévaloir d'un service offert. De plus, ces informations sont nécessaires aux fins de facturation ». Voir également RIGAUX François, *Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l'espace européen*, in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tome 2, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000, p. 32, à propos de l'article 7b) de la directive 95/46, qui permet de se dispenser du consentement dès lors que le traitement « est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci »: « Outre le contrat de travail, toute une gamme d'obligations contractuelles peut être envisagée: banque, assurance, transports, achat à crédit, emprunt, etc. Le concept de « nécessité » est, dans ce contexte, ambigu, car de tels contrats se sont, jusqu'à une époque récente, conclus et exécutés sans recours à un traitement informatisé, mais celui-ci est dorénavant requis par les techniques contemporaines de gestion des contrats. On conçoit malaisément que le client d'une banque ou d'une compagnie d'assurance, que le voyageur acquérant un billet d'avion exigent de leur cocontractant que toutes les informations relatives à ces opérations soient soustraites à un procédé d'enregistrement informatique. C'est en ce sens que le traitement de données à caractère personnel n'est pas seulement nécessaire, il est inéluctable, car celui qui prétendrait s'y soustraire se placerait en dehors de la vie sociale telle qu'elle est aujourd'hui organisée ». Voir également la Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»), JOUE du 31 juillet 2002, p. 42, dont l'article 2,g, définit le « service à valeur ajoutée » comme « tout service qui exige le traitement de données relatives au trafic ou à la localisation, à l'exclusion des données qui ne sont pas indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation ».

765 CARREAU Dominique, *Services, Répertoire international Dalloz*, 1998, §§ 25, 32 à 35.

766 CARREAU Dominique, *op. cit.*, §16: « Contrairement à une vente de marchandises, la fourniture internationale de services ne constitue pas une opération unique, sèche, qui s'épuise en elle-même. Autrement dit, elle n'est pas autonome » et 17: « Cette spécificité de la libre prestation internationale de services est apparue en pleine lumière à l'occasion de la réalisation progressive du marché commun tel qu'il avait été prévu par le Traité de Rome du 25 mars 1957 et amendé par l'Acte unique européen des 17 et 28 février 1987. La libre prestation de services ne pouvait se faire avec la seule assistance de la libre circulation et du libre établissement des personnes (physiques et morales). Elle est d'ailleurs quasiment restée lettre morte jusqu'à la réalisation de la libre circulation des mouvements de capitaux décidée en 1988 et effective à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1990 ».

767 CARREAU Dominique, *op. cit.*, §29: « En outre, mais il est vrai que l'entreprise était redoutable, l'opération de prestation de services n'a pas été appréhendée dans sa globalité par le droit international économique. Il a été précédemment rappelé que la prestation internationale de services présentait une grande complexité (V. supra, nos 16 et s.) en ce qu'elle se décomposait en une somme d'opérations économiques connexes et largement indissociables qu'il était donc impossible de traiter isolément. L'offre de services, outre la liberté des paiements

l'information, telle qu'impliquée initialement par le service public international des communications dématérialisées, en fait partie depuis les débuts de la libéralisation internationale du commerce des services au cours des années 1980.

L'entrée des télécommunications dans le domaine du droit international économique est formalisée par l'accord de Marrakech de 1994 instituant l'OMC, en tant que ce traité a pour objectif de poursuivre les efforts de libéralisation internationale des échanges économiques mis en place dans le cadre du GATT, en en corrigeant les carences tant institutionnelles que matérielles. A cet égard, l'inclusion du secteur des services dans le domaine de compétence de l'OMC tend à corriger une carence initiale du GATT, à savoir sa focalisation quasi-exclusive sur le commerce des marchandises. Une telle carence n'est apparue que progressivement, à mesure précisément du développement d'un marché international des services à raison des progrès technologiques en matière de TIC d'abord, de NTIC ensuite.

Ce développement du commerce international des services à raison de l'amélioration de l'infrastructure communicationnelle internationale a eu pour effet d'intégrer l'effort de coopération juridique internationale en vue de promouvoir cette dernière au sein du droit de l'OMC. Cette évolution a été très tôt décelée par la doctrine, pour laquelle « l'introduction du commerce des services dans les négociations de l'Uruguay Round constitue certainement le changement le plus important dans la réglementation internationale des télécommunications depuis plusieurs décennies »<sup>768</sup>. Plus concrètement, cela passe par l'évolution d'un encadrement juridique international, visant initialement à établir une interconnexion technique dans un but d'intérêt général global, à une nouvelle démarche visant à contraindre les États membres de l'OMC à permettre l'accès aux réseaux nationaux de communication à tous les ressortissants des autres États membres dans la mesure où ces derniers fournissent un service. Le sens de cette démarche est donc d'attribuer une finalité claire, explicite et assortie de sanctions juridiques, à une dynamique initialement assez floue de coopération internationale<sup>769</sup>.

L'annexe de l'AGCS relative aux télécommunications reprend cette vision du développement international des communications interétatiques comme revêtant un intérêt général global. Son premier article intitulé « objectifs » justifie ainsi l'adoption d'un texte spécifique aux communications au sein du droit international économique par les « spécificités du secteur des services de télécommunication et, en particulier, le double rôle qu'il joue en tant que secteur d'activité économique distinct et en tant que moyen de transport fondamental pour d'autres

y afférents, nécessite le plus souvent pour se concrétiser la liberté de circulation et/ou l'établissement des prestataires (c'est-à-dire de personnes physiques ou morales) ainsi que la liberté d'investissement pour constituer cette présence commerciale. Aucun accord international – pas même le nouveau GATS – n'appréhende l'ensemble des maillons de cette chaîne. En outre, sur un plan plus technique, on notera que l'offre d'un service se concrétise le plus souvent par la formation d'un contrat (dépôt bancaire, police d'assurance, titre de transport, etc.)» .

768 DEHOUSSE Franck et ZGAJEWSKI Tania, *op. cit.*, p. 298.

769 COHEN-JONATHAN Gérard, « Liberté de circulation des informations et souveraineté des États », Société française pour le droit international, actes du colloque de la SFDI sur le thème « La circulation des informations et le droit international », Strasbourg, juin 1977, Pedone, Paris, 1978, pp. 30-31: « Sur le plan technique tout d'abord la circulation de l'information est tributaire des efforts accomplis de manière plus générale afin de favoriser les moyens de communication. Or, sur ce point, les États ont ressenti très vite la nécessité de développer une coopération internationale effective à travers l'Union Postale Universelle et l'Union Internationale des Télécommunications. L'amélioration des techniques postales au sens large contribue donc à favoriser la circulation des supports de l'information ».

activités économiques ». La portée de cette annexe est large, dans la mesure où elle s'applique « à toutes les mesures d'un Membre qui affectent l'accès et le recours aux réseaux et services publics de transport des télécommunications »<sup>770</sup>. Son article 5 impose aux États membres de l'OMC de permettre l'accès dans des conditions non discriminatoires et dans des modalités raisonnables des fournisseurs des pays tiers aux réseaux nationaux de communication<sup>771</sup>. Le point c) de cet article impose comme corollaire à cette liberté d'accès aux réseaux nationaux de télécommunication la liberté de transit des informations nécessaires à la fourniture de ces services sur les réseaux nationaux de télécommunication ainsi que l'accès aux informations pertinentes disponibles sur le territoire de l'État membre considéré<sup>772</sup>. Cet article oblige chaque membre à faire en sorte que tous les fournisseurs de services cherchant à profiter des engagements prévus, se voient accorder l'accès aux réseaux et services publics de télécommunication de base ainsi que l'usage de ces réseaux et services, suivant des modalités et à des conditions raisonnables et non discriminatoires.

Toutefois, cet effort de précision et de juridicisation de l'intérêt général global attaché au développement d'un service public international des communications<sup>773</sup> ne pouvait constituer qu'une première étape et non un aboutissement. En effet, « ces adaptations n'ont toutefois pas suffi. Le marché exige une plus grande sécurité juridique. Il ne suffit plus d'harmoniser les standards, il faut aussi se soucier du cadre réglementaire déterminant certaines conditions essentielles de l'accès au marché »<sup>774</sup>. Une approche globale, dépassant les problématiques liées aux domaines de compétence de l'UIT et de l'OMC, est alors nécessaire. Cette approche globale prend la forme d'un projet politique mondial plus connu sous le nom de « société de l'information ».

En effet, au delà de la réalité factuelle du phénomène, l'expression désigne également un projet politique formalisé au niveau global à l'occasion des SMSI<sup>775</sup>. Dans cette optique, l'accent est mis

770 Article 2, a.

771 Articles 5,a et 5,b.

772 Article 5,c: « Chaque Membre fera en sorte que les fournisseurs de services de tout autre Membre puissent recourir aux réseaux et services publics de transport des télécommunications pour assurer le transport d'informations, y compris les communications internes des sociétés de ces fournisseurs de services, à l'intérieur des frontières et au-delà, et pour accéder aux informations contenues dans des bases de données ou autrement stockées sous forme exploitable par machine sur le territoire de tout Membre ».

773 Effort essentiellement perçu et systématisé par la doctrine nord-américaine. Voir à cet égard YARBROUGH L. Tanya, « Connecting the World: the Development of a Global Information Structure », *53 Fed. Comm. L.J.*, 2000-2001, p. 318: « To keep pace with the growing world market, the development of the Global Information Infrastructure ("GII") must occur so that every person in every nation has access to telecommunications services and information technology. The ultimate goal is universal access to basic telephone and Internet services, as well as access to the information superhighway's cyber-market. Only by developing and completing the GI can the global community achieve this goal ».

774 DEHOUSSE Franck et ZGAJEWSKI Tania, *op. cit.*, p. 325.

775 A l'initiative de ces sommets se trouve la Résolution n° 73 annexée aux actes adoptés à l'issue de la conférence des plénipotentiaires de 1998 à Minneapolis : Instruments d'amendement à la Constitution et à la Convention de l'Union internationale des télécommunications (Genève, 1992) telles qu'amendées par la Conférence de plénipotentiaires (Kyoto, 1994), in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires de Minneapolis (1998), UIT, 1999, Résolution n° 73 « Sommet mondial sur la société de l'information ». Voir également TCHIKAYA Blaise, « La première conférence mondiale pour le développement des télécommunications – La transcription juridique du développement au sein de l'U.I.T. », *RGDIP*, 1995, n°5, pp. 77-93.

Cette résolution enjoint au Secrétaire général de l'UIT « d'inscrire la tenue d'un sommet mondial sur la société de l'information à l'ordre du jour du Comité administratif de coordination de l'Organisation des Nations Unies, en vue de réunir les conditions nécessaires à la tenue d'un tel sommet avant la prochaine Conférence de plénipotentiaire ». Avec l'accord de ce Comité administratif et, de manière plus solennelle, avec l'approbation par l'Assemblée générale des Nations Unies de ses thèmes et modalités, ce sommet a été organisé sous l'égide conjointe de l'UIT et de l'ONU: Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 56 (183), *Sommet mondial sur la*

sur le développement de l'infrastructure de l'information et de la communication<sup>776</sup>.

### *B/ L'assimilation corrélative de la réglementation des données personnelles à des barrières non tarifaires*

Les dynamiques juridiques sous-tendant la Société de l'Information ont pour effet mécanique de remettre en cause tout obstacle à la libre circulation des informations. À cet égard, le droit international économique, auquel le droit international des télécommunications a lié son sort, dispose en la matière de concepts et d'une méthodologie pour définir et cerner ces obstacles. Ce constat est d'autant plus vrai que la lutte contre les barrières tarifaires, et plus encore les non-tarifaires, focalise la majorité des efforts du droit international économique contemporain.

Le développement de la part du secteur des services dans le commerce mondial à partir de la fin des années 1970 ainsi que le succès du DIE dans l'érosion des barrières en matière de commerce des marchandises ont conduit le GATT à étendre ses activités en direction de ce secteur économique. Cette extension de compétence, à l'étude à partir de la fin des années 1970, a très tôt conduit à établir comme principe cardinal de cette expansion la place stratégique de l'information dans le processus économique du commerce des services et, corrélativement, la reconnaissance du principe de libre circulation de l'information. En effet, le contrôle de l'information est conçu assez tôt comme revêtant pour le commerce international des services le même caractère stratégique que le contrôle des marchandises pour le commerce international des biens<sup>777</sup>. Cette importance est soulignée par l'adoption dans le cadre de l'OCDE d'instruments non contraignants relatifs aux flux transfrontières de données<sup>778</sup>.

*société de l'information*, 90<sup>ème</sup> séance plénière, 21 décembre 2001, A/RES/56/183. La tenue d'un tel sommet permettait ainsi de préciser un aspect de la Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 55 (2), *Déclaration du Millénaire*, 8<sup>ème</sup> séance plénière, 8 septembre 2000, dont le point n° 20 énonce notamment l'objectif de « faire en sorte que les avantages des nouvelles technologies, en particulier des technologies de l'information et de la communication, soient accordés à tous ».

En 2001, le Conseil de l'UIT a décidé d'organiser un Sommet en deux étapes, la première devant avoir lieu du 10 au 12 décembre 2003 à Genève, et la seconde du 16 au 18 novembre 2005 à Tunis. La tenue de ce sommet a pour but un développement systématique des télécommunications dans un but de développement global: Plan d'action de Genève, adopté à l'issue du SMSI de Genève le 12 mai 2004, WSIS-03/GENEVA/DOC/5-F, point n° 4: « Le Plan d'action a les objectifs suivants: édifier une société de l'information inclusive; mettre le potentiel du savoir et des TIC au service du développement; promouvoir l'utilisation de l'information et du savoir pour concrétiser les objectifs de développement définis à l'échelle internationale, notamment les objectifs énoncés dans la Déclaration du Millénaire; et faire face aux nouveaux problèmes que suscite la société de l'information aux niveaux national, régional et international. La seconde phase du SMSI sera l'occasion d'évaluer les progrès qui auront été réalisés dans la réduction de la fracture numérique ».

776 Plan d'action de Genève, adopté à l'issue du SMSI de Genève le 12 mai 2004, WSIS-03/GENEVA/DOC/5-F, point n° 9: « L'infrastructure est essentielle pour concrétiser l'objectif d'inclusion numérique, si l'on veut que l'accès aux TIC soit universel, durable, ubiquiste et financièrement abordable, compte tenu des solutions appropriées déjà en place dans certains pays en développement et dans certains pays à économie en transition, pour assurer connectivité et accès durables aux zones reculées et marginalisées aux niveaux national et régional ».

777 BOTHE Michael, « Transborder data flows: do we mean freedom or business? », *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10, Issue 2 (Spring 1989), p. 333: « The much-heralded « information society » and its service-oriented economy amount, at some level, simply to the buying, selling, and managing of information. The regulation of information as it travels (as « data ») will impact the economy as directly as did control of commodities in the past ».

778 Déclaration sur les flux transfrontières de données adoptée par le gouvernement des pays membres de l'OCDE le 11 avril 1985: « Les développements technologiques rapides dans le domaine de l'information, de l'informatique et des communications ont entraîné des changements structurels significatifs dans les économies

Une telle importance a conduit à établir une cartographie précise des éventuels obstacles tarifaires et non tarifaires s'opposant à la libéralisation du commerce international des services. Au milieu des années 1980, à l'occasion des débats du GATT concernant l'inclusion des services dans son champ de compétence, deux problèmes principaux ont été alors identifiés: ceux liés à l'existence de barrières commerciales et celles liées à la propriété publique et/ou monopolistique des infrastructures, biens et prestations essentielles<sup>779</sup>. De manière générale, la doctrine a relevé la prédominance dans ce secteur de barrières non-tarifaires plutôt que de barrières tarifaires classiques<sup>780</sup>.

Dans cette optique, les premiers instruments nationaux et internationaux relatifs aux données personnelles ont été très tôt considérés comme des barrières non tarifaires aux échanges, et ce d'autant plus que la convention n° 108 du Conseil de l'Europe est très vite devenue pour les pays signataires une base juridique permettant implicitement de restreindre les flux transfrontières de données pour des raisons de protection des données personnelles<sup>781</sup>. C'est ainsi que le droit des données personnelles se trouve appréhendé et filtré par les catégories du GATT: l'adoption de la Convention n°108 du Conseil de l'Europe figure ainsi dans les documents de travail de l'institution

des pays Membres. Les flux de données et d'informations automatisées sont une conséquence importante des progrès technologiques et jouent un rôle accru dans les économies nationales. Du fait de l'interdépendance économique croissante des pays Membres, ces flux, connus sous le vocable de flux transfrontières de données, ont acquis une dimension internationale. Il est, en conséquence, approprié pour l'OCDE de porter attention aux questions de politique liées aux flux transfrontières de données ». Avec ensuite quatre grandes étapes pour organiser juridiquement les TDF:

- « 1. D'encourager l'accès aux données et aux informations et aux services qui y sont liés, et d'éviter la création de barrières injustifiées aux échanges internationaux de données et d'information ;
2. De rechercher la transparence des réglementations et politiques liées aux services de l'information, de l'informatique et des communications qui affectent les flux transfrontières de données ;
3. De développer des approches communes pour traiter des problèmes liés aux flux transfrontières de données et, si opportun, de développer des solutions harmonisées ;
4. De considérer les implications éventuelles pour d'autres pays lors du traitement des problèmes liés aux flux transfrontières de données ».

779 BERG G. Terrence, *op. cit.*, p. 9: « In general, there are two kinds of barriers to trade in services: trade barriers and ownership barriers. Trade barriers to services are non-tariff barriers that also limit trade in goods, such as import quotas, government subsidies, discriminatory licensing regulations, fees or taxes, government procurement policies that favor local firms, and the absence of international standards and procedures for services. Ownership barriers include foreign government regulations requiring exclusive public ownership of certain industries, full or partial local (private) ownership of industries, and restrictions on the repatriation of profits. Other ownership barriers impose restrictions on personnel; these restrictions require visas, work permits, professional licensing, and employment local labor. Discriminatory taxes levied on foreign business income only and intellectual property rules with scant protection for foreign owners of trademarks, patents, and technology are other examples ».

780 BOTHE Michael, *op. cit.*, p. 339: « The transborder provision of telecommunications, information and data processing services generally is not subject to custom duties. The barriers these services have to face are rather so called non-tariff barriers, i.e. Certain regulations which make the provision of these services impossible, difficult, or at least more costly. The main problem in this respect are the scope of national (e.g. PTT) or international (e.g. INTELSAT) telecommunications monopolies (the monopoly being a classical non tariff trade barrier), and certain restrictive conditions concerning the use of basic telecommunications facilities ».

781 REIDENBERG R. Joël, « The privacy obstacle course: hurdling barriers to transnational financial services », *Fordham Law Review*, 1991-1992, Vol. 60, p. 162: « By allowing restrictions on trans-shipment of data to non-signatory countries, the treaty implicitly allows restrictions on all direct transborder data flows to non-signatory countries. National laws address this problem directly. In addition, the failure of the European Convention to define equivalent protection for sensitive data flows to signatory countries opens the door to restrictions that may hamper credit and health insurance services ».

dans la rubrique consacrée au domaine des services<sup>782</sup> et non au sein d'une hypothétique rubrique consacrée aux droits fondamentaux. Cette vision du problème est reprise par la Commission européenne qui, dans le cadre de son Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, a fait figurer les instruments nationaux relatifs aux données personnelles en tête des entraves juridiques à éliminer dans ce domaine<sup>783</sup>.

De manière caricaturale, une partie de la doctrine américaine a d'ailleurs très tôt considéré que l'adoption d'instruments nationaux relatifs aux données personnelles par un certain nombre de pays européens relevait essentiellement d'une logique protectionniste, par anticipation de la libéralisation annoncée du commerce des services<sup>784</sup>. Pourtant, la question appelle nécessairement une réponse plus équilibrée en ce qu'elle oppose alors deux politiques publiques *a priori* non hiérarchisables entre elles en termes de légitimité: la libéralisation internationale des échanges d'une part, la protection nationale des droits et libertés fondamentaux d'autre part<sup>785</sup>. Cette problématique alors nouvelle en droit international et réduite à un domaine très spécifique n'a depuis cessé de prendre de l'ampleur, pour devenir une problématique plus générale entre la poursuite de la libéralisation économique des services et le respect des droits de l'homme<sup>786</sup>.

Il ressort de ce qui précède que la libre communication de l'information constitue un élément essentiel à la liberté de prestation de service. À ce titre, la première se trouve impliquée

782 GATT, *Activities of other organisations in the field of services*, CG.18/W/63 du 15 octobre 1981, §3.

783 Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final, pp. 140-141.

784 McGUIRE P. Richard, « The information age: an introduction to transborder data flow », *Jurimetrics Journal*, Vol.20, Issue 1 (Fall 1979), p. 3: « Though most nations are espousing that privacy or « data protection » is the impetus behind the enactment of restrictive transborder data flow regulations, these nations are in greater numbers beginning to acknowledge that protection of national sovereignty through the control of economic information is their primary concern. The real issue is not whether privacy or data protection legislation will evolve internationally, but whether such laws (or in the alternative data taxes or tariffs) will be implemented under the guise of human rights and administered to weave national data curtains blocking the flow of information ».

Pour un point de vue moins caricatural, voir EGER M. John, « Emerging restrictions on transnational data flows: privacy protection or non tariff trade barriers? », *Law and Policy in International Business*, Vol. 10, Issue 4 (1978), p. 1065: « Among the industrialized nations, the more recent information disputes take different forms and stem from différent motives. Long frustrated by the United States' lead in the computer and communications field, Europe, according to some observers, has turned to a new form of protectionism – the introduction of data protection laws » et p. 1066: « Many, countries in Europe may have no concern other than protecting the privacy of personal data, a concern which neither the AmÉrican public nor any member of a democratic society can fault. But there is the danger, of course, that these new laws will be used not only to protect just privacy but also to protect domestic economic interests ».

785 ZIMMERMAN A. Jane, « Transborder data flow: Problems with the Council of Europe Convention, or protecting states from protectionism », *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 4, Issue 2 (Autumn 1982), p. 603: « The difficulty in formulating set standards for transborder data flow results from the need to balance two equally important, though competing, interests. The first interest is the economic necessity for free access to information in order to engage in trade or business activities profitably. In opposition to this interest, however, is the fundamental right of individuals to preserve their privacy by limiting the release of any information which personally concerns them »; REIDENBERG R. Joël, « Rules of the road for global electronic highways: merging the trade and technical paradigms », *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 6, Spring Issue, 1993, p. 289: « Rules for data processing must resolve an inherent tension between the desire for free flows of information and the concern over human rights. Under the trade theory, economic progress and trade competitiveness depend on free flows of information across borders ».

786 Rappelant la nécessaire conciliation à opérer entre ces deux enjeux, voir ONU – Conseil économique et social, *Libéralisation du commerce des services et droits de l'homme*, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 juin 2002.

mécaniquement par la seconde. Dans la mesure où la libre communication de l'information ne distingue pas selon la nature personnelle ou non des données communiquées, elle implique la liberté de traitement des données personnelles. Cette liberté de traitement se matérialise, plus précisément, par une liberté de circulation de ces données, phénomène davantage connu sous le terme imprécis de « flux transfrontières de données ».

Un tel caractère de nécessité est mis en évidence dans le droit positif, notamment à travers la notion de donnée relative au trafic. Cela explique que la question de la protection des données personnelles ait pu être évoquée si tôt dans le cadre des négociations internationales relatives à l'*Uruguay Round* et dans la doctrine nord-américaine sous le qualificatif, *a priori* surprenant, de barrière non tarifaire.

Pour autant, si la liberté de prestation de service constitue le socle de la libre circulation de l'information, elle ne la détermine pas complètement. Le succès dans la réalisation d'une telle liberté internationale trouve son origine dans la symbiose qu'elle réalise avec le principe de liberté d'expression.

## Section 2 – Un fondement complémentaire récent: la liberté d'expression

Le droit positif consacré au principe de libre circulation de l'information ne permet pas, comme l'ont fait les auteurs évoqués, de le réduire à un démembrement isolé du principe de liberté d'expression. Une telle option conduit à isoler artificiellement cette problématique en la séparant de thématiques plus générales du droit international public comme celle de l'organisation internationale des communications<sup>787</sup>. D'ailleurs, une telle option ne découle pas du droit positif en ce que les consécutions juridiques de ce principe demeurent silencieuses sur l'étendue de son acception. À cet égard, l'idée émise par le professeur Benyekhlef selon laquelle « la libre circulation de l'information (...) se confond avec le libre-échange » semble la plus féconde. Il convient toutefois d'envisager cette idée de manière positive, et non à des fins de dénigrement de la notion de libre circulation de l'information comme l'avait fait son auteur<sup>788</sup>.

Une telle démarche positive a été esquissée par un auteur spécialisé dans le domaine<sup>789</sup>, Patrick Thieffry, qui pose la question du double fondement juridique du principe de libre-circulation de l'information. Il identifie ce principe comme une liberté économique facilitant le commerce électronique<sup>790</sup> mais il fonde principalement cette liberté sur la liberté d'expression telle que garantie notamment par l'article 10 de la CESDH, en relevant l'importance de cette liberté en matière de protection de l'activité publicitaire. Il se pose néanmoins la question de savoir si l'on ne pourrait pas fonder cette liberté sur une ou plusieurs libertés communautaires<sup>791</sup>. Une telle

787 COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2008, p. 460, au commencement du chapitre consacré au droit des communications: « On exclura les communications d'ordre intellectuel et culturel, et plus généralement l'ensemble des problèmes liés à la circulation des informations, qui ne relèvent pas à proprement parler d'un régime spatial, mais davantage des droits de l'homme ». À notre connaissance, cet ouvrage de droit international public est le seul qui l'évoque, fût-ce pour l'exclure.

788 BENEKHELF Karim, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, thèse, Thémis – Université de Montréal, 1992, p. 297: « La référence continue au principe de la libre circulation de l'information, en ce qui concerne le secteur des transmissions de données personnelles, relève d'une erreur d'appréciation initiale, pour ne pas dire d'une imposture. On n'a jamais en effet invoqué ce précepte pour ce qui est du télex ou de la correspondance. Là encore, les formidables enjeux économiques dont les technologies de la communication électronique sont porteuses sont à l'origine, croyons-nous, de cette extension, inacceptable au strict plan juridique, du principe de la libre circulation de l'information. La libre circulation est alors mise de l'avant non pas pour assurer le respect des droits fondamentaux, mais bien plutôt pour conforter des intérêts commerciaux. La libre circulation de l'information se confond dès lors avec le libre échange ».

789 Il convient toutefois de signaler que la situation avait été très tôt dépeinte, quoique de manière moins précise, par le professeur Jacqué. Voir ainsi JACQUÉ Jean-Paul, « Droit international public et informatique », in *Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983, p. 127, à propos de l'obligation contradictoire avant la Convention 108 pour ses États membres d'une part de protéger les droits de l'homme de leurs ressortissants, d'autre part de laisser circuler les informations, sans avoir de moyen prédéfini de déterminer quel intérêt favoriser: « Laisser subsister simultanément ce double problème risquait d'entraîner à terme, pour protéger les droits de l'homme, une restriction de la circulation internationale des données. Or, la fermeture présente, pour les États occidentaux en tout cas, des difficultés et les mettent internationalement en contradiction avec eux-mêmes. Ils sont en effet partisans du libéralisme dans les échanges internationaux, par leur adhésion à des organisations internationales qui reposent sur le libéralisme, et partisans, au sein de l'UNESCO, de la libre circulation internationale des données et des informations, pour des raisons qui tiennent à la défense du droit de l'homme à communiquer au-delà des frontières nationales. Il est difficile d'adopter, dans ce cas, une position qui soit en contradiction avec les positions internationales que l'on défend, tant sur le plan économique que sur le plan de la libre circulation des informations ».

790 THIEFFRY Patrick, *Commerce électronique: droit international et européen*, Litec, 2002, p. 85 et pp. 128-138.

791 THIEFFRY Patrick, *op. cit.*, p. 85 et pp. 129-130.

démarche est novatrice et n'a, à notre connaissance, été exprimée que très rarement par la doctrine. En effet, hormis l'analyse de ce premier auteur, seul les professeurs Christian Jongen d'une part, Christian Gavalda et Gilbert Parleani ont évoqué la question.

Le premier limite certes son analyse à la liberté de communication audiovisuelle, mais elle nous semble pouvoir être utilisée pour établir la généalogie du principe général de libre communication. En effet, pour cet auteur, « si l'on tente d'analyser le contenu de la liberté de communication audiovisuelle, on constate qu'elle procède à la fois de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprise »<sup>792</sup>. Il appuie sa démonstration sur la décision *Sacchi* de la CJCE, au terme de laquelle « l'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de service »<sup>793</sup>. En se basant sur cette jurisprudence ainsi que sur la décision *ERT* de la CJCE aboutissant à faire découler la liberté publicitaire de la liberté d'expression<sup>794</sup>, cet auteur met en lumière ce qu'il y aurait d'artificiel à concevoir, aujourd'hui, la libre communication audiovisuelle dans une pure optique d'information du citoyen<sup>795</sup>.

Les seconds ne poussent pas autant l'analyse, mais retiennent une position de principe à laquelle nous adhérons sans réserve. En effet, après avoir rappelé que selon eux, le fondement de cette liberté de communication de l'information se trouve dans la jurisprudence de la CJCE telle qu'interprétant l'article 10 dans l'arrêt *ERT* précité, ces deux auteurs considèrent que « cette liberté de communication, il est vrai, transcende chacune des libertés de circulation reconnues par le droit communautaire. Elle concerne la libre circulation des marchandises des marchandises que sont les journaux, les livres, les disques audio et vidéo. Elle s'exerce aussi, et de plus en plus, au moyen de la liberté de prestation de services (télévision, radio, communications électroniques, internet...). La liberté de circulation des personnes (établissement) est, de son côté, une des formes possibles de la liberté de circulation des idées. (...). *On peut même estimer, à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle, que la liberté de communication est devenue la présupposée logique (Voraussetzung) de toute relation économique* »<sup>796</sup>.

*A contrario* de ces analyses, les premiers auteurs à s'être penchés sur la question de la filiation et du contenu du principe de libre circulation de l'information l'ont spontanément rattaché au principe de la liberté d'expression. Mais leur conception restrictive de la liberté d'expression ne permet de fonder que très partiellement le principe de libre-circulation de l'information (§1). En revanche, une conception plus large et plus contemporaine de la liberté d'expression permet de retenir ce principe comme fondement complémentaire de la libre circulation de l'information (§2).

792 JONGEN François, *op. cit.*, p. 24.

793 CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, *prec.*, §6.

794 CJCE, 18 juin 1991, *ERT c/ DEP*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-02925.

795 JONGEN François, *op. cit.*, p. 31 : « Concevoir l'audiovisuel en termes d'opinion et d'expression procède en effet d'une fiction qui ne correspond plus à la réalité actuelle. L'évolution est patente : aujourd'hui, nombre de radios et de télévisions ne cherchent plus à véhiculer un message, mais simplement à fournir un programme aussi attractif que possible, de manière à disposer d'une large audience et, partant, d'importantes recettes publicitaires. Et, si ces stations continuent, dans leurs discours officiels, à se revendiquer des grands principes de la liberté d'expression, d'est avant tout pour bénéficier de la protection juridique et de la connotation affective attachées à celle-ci.

A côté de l'ancien modèle de l'audiovisuel « d'expression » offrant, en sus des messages véhiculés, du divertissement dont la fonction reste accessoire – attirer le public vers la chaîne et, par là même, donner une audience aux dits messages - , s'est développé un modèle d'audiovisuel de pur divertissement, pour lesquels ce sont avant tout les règles économiques et commerciales qui devraient être appliquées ».

796 GAVALDA Christian et PARLEANI Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6<sup>ème</sup> édition, Litec, 2010, p. 49.

## §1 – Une déduction contrariée par une conception restrictive de la liberté d'expression

La libre-circulation de l'information constitue un principe distinct et plus large que celui de liberté d'expression, et non sa conséquence ou un quelconque démembrement<sup>797</sup>. En effet, si la liberté d'expression consiste en la liberté dans la production, l'émission et la réception d'information à destination d'un public, la libre circulation de l'information n'implique qu'une liberté de communication de l'information, quelles qu'en soient la nature de l'information, la finalité de la transmission et le type de destinataire. Le caractère indéterminé de ces échanges d'informations permet ainsi de considérer le principe de libre circulation de l'information comme un principe matriciel de libertés plus réduites. Ainsi, la liberté d'expression apparaît comme déjà plus restreinte car elle postule un but informatif à destination d'un public<sup>798</sup>. Dans le même ordre d'idée, la liberté de correspondance pourrait être conçue comme impliquée par la libre circulation de l'information, dans la mesure où elle est restreinte à un but de communication exclusive à destination d'une personne privée.

Une telle conception de la libre circulation de l'information découle d'une lecture littérale de son intitulé. Elle implique de ne retenir qu'une définition neutre de l'information, considérée en tant qu'objet et en tant qu'action d'informer. L'information en tant qu'objet est alors définie indépendamment de son contenu et de son destinataire. L'information en tant qu'action est alors définie comme toute action visant à communiquer à autrui un fait ou une idée, indépendamment de la finalité de l'action ou de son type de destinataire.

Cette précision préalable se justifie d'autant plus qu'au sein des instruments consacrant le principe de libre circulation de l'information, une telle restriction ne figure pas. Au contraire, d'un point de vue littéral, l'expression même de libre circulation de l'information invite à concevoir cette dernière comme un objet et non comme une action. L'information se conçoit alors comme « un élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué »<sup>799</sup>. Une telle conception est d'ailleurs nettement encouragée par l'emploi au sein des instruments relatifs aux droits de l'homme d'une conception *a priori* très large de la

797 Une telle différence entre les deux n'est d'ailleurs explicitée qu'assez récemment en droit positif. Ainsi, le considérant n° 2 de la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *Journal officiel n° L 157 du 30/04/2004 p. 45 – 86* énonce que: « La protection de la propriété intellectuelle devrait permettre à l'inventeur ou au créateur de retirer un profit légitime de son invention ou de sa création. Elle devrait également permettre la diffusion la plus large possible des œuvres, des idées et des savoir-faire nouveaux. Dans le même temps, la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas faire obstacle à la liberté d'expression ni à la libre circulation de l'information et à la protection des données personnelles, y compris sur l'Internet ».

798 Et ce quand bien même serait-elle entendue très largement, comme c'est le cas dans la jurisprudence du juge de Strasbourg. Voir SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011, p. 586 : « La liberté d'information sur le plan européen dépasse donc les bornes du domaine habituel de la liberté d'expression (discours politique, philosophique ou religieux) : elle ne se définit pas par le contenu de l'information, sa qualité ou son importance (...) mais par le mode de formulation de celle-ci et est en jeu dès lors que l'information, même si elle est de nature économique, professionnelle ou artistique, emprunte un support destiné à la rendre publique ».

799 Arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, JORF du 17 janvier 1982, p. 624. Pour une définition assez similaire en droit positif, voir également la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982, au terme de laquelle l'information se définit comme des « sons, (des) images, (des) documents, (des) données ou messages de toute nature ». Cette dernière définition sera d'ailleurs reprise dans l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, article 2.

liberté d'expression, qui se traduit par un énoncé non pas réduit à la seule information au public mais à la réception et à la communication d'informations ou d'idées, indépendamment de leur nature ou de leur destination<sup>800</sup>.

Ce recentrage préliminaire de la notion se justifie afin d'éviter les contresens apportés par une approche restrictive de la liberté d'expression. Cette conception se trouve unanimement consacrée au sein des travaux des auteurs français en date des années 1980. Elle conduit à assimiler la libre circulation de l'information à une conception très restreinte de la liberté d'expression. Cette assimilation empêche de considérer qu'un traitement de données personnelles puisse être impliqué ou même concerné par la libre circulation de l'information.

Cette assimilation se retrouve au sein des premiers manuels français de « droit de l'information »<sup>801</sup> qui, dans les faits, étaient relatifs non pas à l'action neutre d'informer, mais à celle déjà plus restreinte d'informer le public. Dans cette acception, le « droit de l'information » ne traite alors pas de la réglementation générale de l'information en droit, mais de la seule réglementation des médias. Cette dénomination équivoque tend d'ailleurs à être abandonnée pour ce type d'ouvrages au profit d'intitulés plus précis, soient qu'ils se trouvent relatifs non pas à l'information en tant qu'objet mais en tant qu'action, au sein des manuels relatifs à la communication<sup>802</sup>, soit qu'ils se limitent à un domaine spécifique comme les *medias*<sup>803</sup> ou la communication numérique<sup>804</sup>.

Un auteur canadien déjà évoqué, le professeur Karim Benyekhlef, estime que le principe de libre circulation de l'information n'est fondé que sur la liberté d'expression<sup>805</sup>, et non sur d'autres considérations, éventuellement économiques. Dans ces conditions, lier la question du principe de libre circulation de l'information avec la libéralisation économique, et notamment des services,

800 Voir notamment la formulation de l'article 10, 1) de la CESDH, qui énonce que: « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...) ».

801 AUBY Jean-Marie et DUCOS-ADER Robert, *Droit de l'information*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1982, p. 1: « On entendra ainsi par information l'action consistant à porter à la connaissance d'un public, certains faits ou opinions à l'aide de procédés visuels ou auditifs comportant des messages intelligibles pour ce public: l'information est également le résultat de cette action sur ses destinataires ». Voir également DUMAS Roland, *Le droit de l'information*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1981, p. 21: « Dans le langage courant, on entend par information l'ensemble des faits d'actualité portés à la connaissance du public. Dans une acception plus stricte du terme, l'information signifie l'ensemble des moyens, humains et techniques, dont se dote une société ou un État, pour recueillir et diffuser les nouvelles. D'une manière générale, informer c'est initier à l'événement, c'est compléter ou élargir les connaissances du public sur un événement ou des faits précis d'actualité ; c'est enfin, permettre au public d'appréhender, aussi complètement que possible, les tenants et les aboutissants de cet événement et de ces faits. Informer c'est avant tout le fait de porter à la connaissance du public des faits d'actualité et si, par la même occasion, l'information peut évoquer des faits qui lui sont antérieurs ou s'y réfèrent, mais qui restent en relation directe avec le message qu'elle véhicule, c'est uniquement pour la placer dans une perspective de continuité ».

802 DEBBASCH Charles, ISAR Hervé, AGOSTINELLI Xavier, *Droit de la communication*, 1<sup>ère</sup> édition, Dalloz, 2002 ; DE BELLESCIZE Diane, FRANCESCHINI Laurence, *Droit de la communication*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011.

803 DEBBASCH Charles (dir.), *Droit des médias*, Dalloz, 2002 ; DERIEUX Emmanuel, GRANCHET Agnès, *Droit des médias*, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2010.

804 HUET Jérôme et DREYER Emmanuel, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011.

805 BENYEKHLEF Karim, *op. cit.*, p. 283: « La libre-circulation de l'information est une composante du droit à l'information. Le droit à l'information (« freedom of information ») n'est certes pas une notion aisée à circonscrire. Le droit à l'information, sommairement, découle d'une évolution juridico-historique de la liberté de la presse et de la liberté d'expression ».

constituerait pour cet auteur un amalgame non pertinent<sup>806</sup>. Ce faisant, l'auteur considère que le principe de libre circulation de l'information ne constitue qu'un aspect plus réduit de la liberté d'expression et, qu'à ce titre, les flux transfrontières de données personnelles ne peuvent en être la conséquence dans la mesure où ils n'ont majoritairement pas pour objet d'informer le public mais concernent pour l'essentiel, selon lui, la gestion d'entreprise<sup>807</sup>. Cet auteur canadien estime ainsi, à propos du principe de libre circulation de l'information tel qu'il est consacré dans la convention n° 108 du Conseil de l'Europe ainsi que dans les lignes directrices de l'OCDE, qu'il constitue une interprétation artificielle et forcée de ce qu'il devrait vouloir dire, s'il était réduit à la seule liberté d'expression. Cet auteur dénonce notamment comme étant à l'origine de cette perversion du sens de la liberté d'expression une prise en compte hors de proportion des enjeux économiques sous-jacents aux traitements de données personnelles<sup>808</sup>. Dans cette critique, cet auteur ne fait que systématiser une première position de principe défendue en droit français par le Professeur Roger Pinto. Ce dernier considère en effet que les traitements de données personnelles ne peuvent être fondés ou impliqués par le principe de libre circulation de l'information. Il justifie cette opinion en considérant que, dans la mesure où ils ne visent pas en soi à une action d'information du public, ils ne peuvent relever d'un principe qu'il considère comme directement dérivé de la liberté d'expression<sup>809</sup>.

Si le principe de libre circulation de l'information est considéré comme un élément à part entière de la liberté d'expression, l'hypothèse d'une liberté internationale de traitement des données personnelles qui en découlerait mécaniquement paraît peu féconde. En effet, dans cette

806 BENYEKHLEF Karim, *op. cit.*, p. 287 et ss.

807 BENYEKHLEF Karim, *op. cit.*, pp. 296-297: « la liberté d'expression suppose, en principe, un grand nombre de récepteurs, essentiellement le public. (...). Or, les flux transfrontières de données à caractère personnel ne sont pas destinés à alimenter, d'une manière ou d'une autre, le débat public, au sens très large du terme. Ils ont pour destinataires une clientèle réduite, privée, et ne servent, en grande partie, que des objets de nature administrative ou économique. Personne n'a jamais prétendu que la communication de notes écrites relatives à la gestion d'une entreprise relevait de la liberté d'expression. (...). Par conséquent, la nature non informative, au sens des objectifs que sous-tend la liberté d'expression, des données transmises et le caractère finalement privé de leur communication (destinataires réduits) font que les flux transfrontières de données nominatives ne constituent pas une activité protégée. L'essence du principe de la libre circulation de l'information est de permettre aux émetteurs de faire connaître leur message au plus grand nombre d'auditeurs et aux citoyens de bénéficier d'informations susceptibles de les aider dans leur prise de décision sociale, économique et politique ou de satisfaire leurs besoins intellectuels ».

808 BENYEKHLEF Karim, *op. cit.*, pp. 299-300. Que cela soit dans la Convention 108 ou dans les lignes directrices de l'OCDE, dans les deux cas, « on emprunte une notion qui relève des droits fondamentaux pour la transplanter dans un secteur où les communications ne sauraient constituer une activité protégée par le droit à l'information. L'explication de cette transplantation semble dès lors liée aux impératifs économiques et, par conséquent, à la confusion, alimentée principalement par le discours américain, entre libre circulation de l'information et libre échange des biens et des services. (...). Nous voulons simplement indiquer que les importants intérêts commerciaux en jeu ont entraîné une *extension conceptuelle* de la notion de libre circulation de l'information ».

809 PINTO Roger, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Economica, 1984, p. 24: « Dans ce contexte, l'informatique doit être distinguée de l'information. Plus précisément la liberté de fabrication et d'interconnexion de fichiers informatisés ne peut être revendiquée au nom de la liberté d'expression, d'information et d'opinion. Le fichier automatisé n'est pas destiné au public. Il ne participe pas à la libre circulation de l'information. Sa réglementation ne constitue donc pas une restriction à la liberté d'information. Face au droit au respect de la vie privée, il ne s'oppose pas comme une valeur également fondamentale. La confusion n'est pas innocente ». Voir également la note n° 24, même page: il considère que lorsque les lignes directrices de l'OCDE en 1980 et la Convention n° 108 de 81 affichent comme objet la volonté de concilier « la vie privée et la libre circulation de l'information », « En réalité, la constitution de fichiers informatisés concentrant des données sur des personnes privées ne relève pas de la libre circulation de l'information ». Mais l'auteur se contente d'affirmer sans pour autant apporter le moindre élément de démonstration.

acceptation, la libre-circulation de l'information serait réduite à la seule liberté de diffuser et d'accéder à des informations publiées dans un but social, culturel, politique. Dans cette acceptation, les informations d'ordre privé et de nature triviale ne pourraient être incluses dans la notion, excluant ainsi à titre d'exemple la communication de données personnelles dans le cadre de la gestion d'entreprises multinationales ou de prestations de service transfrontières. Or, les occasions dans lesquelles un traitement de données personnelles a valeur informative pour le public sont relativement peu fréquentes. A titre d'exemple, tel serait le cas de la révélation par voie de presse de données personnelles portant sur la situation fiscale de contribuables nommément identifiés<sup>810</sup>. Une telle conception est donc exagérément restrictive, notamment au regard des évolutions contemporaines du principe de liberté d'expression.

## **§2 - Une déduction favorisée par une conception contemporaine de la liberté d'expression**

L'hypothèse d'une définition restrictive de la liberté d'expression ne permettrait pas de considérer le principe de libre circulation de l'information comme impliquant mécaniquement la liberté internationale de traiter des données personnelles. En effet, seuls seraient alors impliqués mécaniquement ceux des traitements des données personnelles opérés directement en vue d'informer le public, c'est à dire au final une partie infime des traitements internationaux relatifs à ces données.

Or, la façon dont le droit positif dessine le régime de la liberté d'expression révèle à quel point une telle interprétation s'avère non seulement restrictive, mais encore idéologique. Aujourd'hui, la liberté d'expression n'est plus seulement, et ce depuis longtemps, une liberté d'informer le public dans les domaines politique, social ou culturel. Bien au contraire, son domaine tend à s'élargir de plus en plus, jusqu'à apparaître parfois comme en symbiose, avec les deux dynamiques précédemment décrites. Elle constitue ainsi le véhicule commun de l'extension du service public international des télécommunications naguère, des communications électroniques depuis, tout autant que de la libéralisation économique dans le secteur des services.

Dans le cadre d'une recherche d'effectivité de cette liberté d'expression, ses aspects économiques (A) et techniques (B) sont, de plus en plus souvent, considérés comme indissociables de la notion, jusqu'à atteindre une certaine osmose entre ces deux aspects (C). Cette conception, actualisée et conforme au droit positif, permet de concevoir la liberté d'expression comme l'un des fondements, avec la liberté de prestation de services, du principe de libre communication de l'information et, donc, du principe non dissociable de liberté de circulation internationale des données personnelles.

### *A/ La liberté d'expression, liberté économique*

En droit français, l'expression de liberté d'expression a pendant longtemps renvoyé dans son acceptation commune à l'idée d'« une liberté solitaire, ou presque, dans un état de nature idéalisé: liberté de l'écrivain s'adressant à des lecteurs isolés, liberté de l'orateur au public réduit à ceux qui

810 Illustrant une telle hypothèse, voir CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, aff. C-73/07, Rec. 2008, p. I-09831.

pouvaient l'entendre »<sup>811</sup>. Une telle conception bénéficie en effet en droit français d'une audience particulière en raison de la formulation restrictive de l'article 11 de la DDHC<sup>812</sup>, renforcée implicitement par la formulation lapidaire de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juillet 1881<sup>813</sup>. Cette conception restrictive ne peut être blâmée en soi dans la mesure où elle s'avère directement tributaire des préoccupations de l'époque qui les a vu naître<sup>814</sup>.

Or, les préoccupations de l'époque actuelle ont changé, du moins dans l'ordre juridique français. Le combat contre la censure et pour la liberté d'expression en tant que liberté de s'exprimer librement n'en constitue plus désormais le seul enjeu. En effet, cette liberté est désormais également envisagée non plus du seul point de vue de l'émetteur mais également du point de vue du récepteur de l'information. Ce faisant, l'accent est alors mis sur une formulation plus objective, « liberté de communication »<sup>815</sup> ou « liberté de l'information »<sup>816</sup>, qui inclut la liberté d'expression au sens classique en tant que liberté de l'émetteur sans toutefois omettre désormais la liberté du récepteur. Ce faisant, il n'y a pas là création d'un nouvel aspect de la liberté d'expression mais simplement redécouverte et systématisation d'une de ses facettes consacrées de longue date en droit international, mais que la pratique, l'état de l'art et le caractère restrictif de certaines appellations nationales rendaient peu visibles<sup>817</sup>.

Ce rééquilibrage de la considération de la liberté d'expression comme liberté de communication ou liberté de l'information a été opéré tant en droit constitutionnel français qu'en droit européen. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il explicitement opéré une rupture avec la conception française classique de la liberté d'expression centrée sur la liberté de l'émetteur pour l'étendre, dans sa décision *Entreprises de presse* des 10 et 11 octobre 1984, en considérant que l'article 11 de la DDHC garantit également la liberté d'expression en tant que « liberté des lecteurs »<sup>818</sup>.

Pour autant, c'est véritablement en droit européen que ce rééquilibrage de la notion de liberté d'expression a pu susciter un phénomène de symbiose avec la liberté des activités économiques<sup>819</sup>.

811 MORANGE Jean, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p. 83.

812 Lequel énonce que « La libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

813 Lequel dispose sobrement que « L'imprimerie et la librairie sont libres ».

814 MASCLET Jean-Claude, « La loi sur les entreprises de presse », *AJDA*, 1984, p. 657.

815 MORANGE Jean, *op. cit.*, p. 84.

816 Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 59 (I), *Convocation d'une conférence internationale sur la liberté de l'information*, 65<sup>ème</sup> séance plénière, 14 décembre 1946, deuxième considérant: « La liberté de l'information implique le droit de recueillir, de transmettre et de publier les nouvelles en tous lieux et sans entraves ».

817 Ainsi, cet aspect n'est pas méconnu dans le texte de la DUDH, son article 19 disposant que: « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». De même, l'article 10,1 de la CESDH dispose dans le même ordre d'idées que le droit à la liberté d'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

818 Décision n° 84-141 DC, 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec. p. 78, considérant n° 41. Cette position de principe est confortée par la référence aux considérants n° 38 et 43 de la liberté de choix des lecteurs. Pour une mise en lumière par la doctrine de cette conception nouvelle en droit français, voir notamment MASCLET Jean-Claude, *op. cit.*, p. 657, et BIENVENU Jean-Jacques, note sous Décision n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 *Entreprises de presse*, *AJDA*, 1984, p. 691: « Cette grande décision est donc moins celle de la liberté de la presse que de celle de son tempérament par l'intervention du droit à l'information ».

819 DUMAS Romain, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, thèse, L'Harmattan, 2008, pp. 252-259.

Ce phénomène a été souligné par certains auteurs, qui ont pu considérer que le liberté d'expression constituait une nouvelle pierre angulaire du libéralisme économique. Tel est le cas pour le professeur Jean-Baptiste Racine qui considère que les droits de l'homme constituent les « piliers de l'ordre concurrentiel ». Plus précisément, il distingue un « pilier principal: la propriété privée » et « un pilier secondaire: la liberté d'expression »<sup>820</sup>. Ce droit et cette liberté sont selon lui nécessaires à l'avènement et au maintien d'une économie de marché. Dès lors, il est plausible d'envisager que toute extension concomitante de ce droit et de cette liberté à un nouvel objet tend potentiellement à l'insérer dans la sphère des échanges marchands.

Pour cet auteur, les deux facettes de la liberté d'expression, à savoir l'information passive et l'expression active, seraient les « vecteurs de la concurrence »<sup>821</sup>. Il fonde cette affirmation sur l'observation de la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression appliquée à la matière économique. Cette conception extensive s'étend en effet à la matière économique en tant que la liberté d'expression implique la liberté de diffuser des informations ainsi que la liberté<sup>822</sup> du public de les recevoir<sup>823</sup>. Cette double liberté s'applique sans qu'il n'ait lieu de la faire dépendre de la nature des informations véhiculées, et notamment de leur teneur réelle en contenus informatifs, que ce soit de la « musique légère » ou « des annonces publicitaires »<sup>824</sup>. L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE distingue d'ailleurs tant dans son titre qu'en son contenu la liberté d'expression de la liberté de communication, sans toutefois opérer une distinction vraiment tranchée entre les deux<sup>825</sup>. Cela explique ainsi que la liberté d'expression protège également la publicité en tant que telle, et ce tant en droit européen<sup>826</sup>, qu'en droit communautaire<sup>827</sup> ou en droit interne<sup>828</sup>.

Dès lors, en ce qui concerne l'article 10 de la CESDH, droits fondamentaux et préoccupations économiques peuvent entretenir des relations symbiotiques en droit positif, même si cette évolution s'avère très critiquée en doctrine<sup>829</sup>. Cette symbiose partielle de la liberté d'expression avec la liberté d'exercer des activités économiques explique son renfort des instruments internationaux destinés à promouvoir la libre circulation de l'information à des fins économiques. Ainsi, par exemple, dans le livre vert « Télévision sans frontières », la Commission a souligné l'importance de l'article 10 de la CESDH pour le développement d'un marché commun de

820 RACINE Jean-Baptiste, l'ordre concurrentiel et les droits de l'homme, in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éditions Frison-Roche, 2003, p. 423.

821 RACINE Jean-Baptiste, *op. cit.*, p. 427.

822 Liberté qui peut dans certains cas être qualifiée de droit à l'information du public: voir CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c/ Autriche*, série A, n° 103.

823 CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, série A n° 30, §65.

824 CEDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c/ Suisse*, n° 10890/84, série A n° 173, § 54 et 55.

825 Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 11 « Liberté d'expression et d'information »: « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

826 CEDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne*, Série A, n° 165, §26 : « des informations de caractère commercial ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10§1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression ».

827 CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, préc.*, §§ 56 et 59.

828 Cass. Crim. 19 novembre 1997, n° 96-82.625, Bull. Crim. n° 393, à propos de l'interdiction de la publicité pour le tabac.

829 Pour un exposé synthétique de cette controverse doctrinale, voir MARINO Laure, « Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise », *RTDCom*, janvier/mars 2011, pp. 1-10.

l'information et des idées<sup>830</sup>.

Mais cette extension du contenu de la liberté d'expression à ses usages économiques ne constitue qu'un premier aspect de sa conception moderne. En effet, le droit positif tend, de manière plus générale, à révéler un mouvement de concrétisation de cette liberté, étendant le champ de sa protection non plus à son seul contenu mais également aux garanties permettant matériellement son exercice.

### *B/ La liberté d'expression, liberté concrétisée*

Par cette expression de concrétisation, on entend désigner un processus par lequel les garanties matérielles de la liberté d'expression tendent à être protégées au même titre que le droit fondamental éponyme. Un tel phénomène de concrétisation s'explique par une recherche d'effectivité à son égard. Ce « souci d'effectivité »<sup>831</sup> qui nimbe de plus en plus l'action des Cours chargées plus spécialement de la protection des droits et libertés fondamentales doit être compris comme la recherche d'une « correspondance entre l'énoncé abstrait de la norme et le développement des potentialités que cette dernière recèle »<sup>832</sup>. Ce mouvement trouve son inspiration dans la jurisprudence de la CEDH. En effet, « le juge européen entend (...) fournir à l'individu les conditions matérielles à l'exercice effectif de ses droits »<sup>833</sup>, ce qui se traduit par exemple par l'énoncé d'obligations positives imposant aux États parties de prendre des mesures concrètes pour rendre effectif le droit d'accès aux tribunaux<sup>834</sup>. En effet, « les garanties d'exercice des droits fondamentaux ne se réduisent pas aux garanties juridictionnelles » mais « recouvrent l'ensemble des techniques, procédés ou moyens par lesquels les droits fondamentaux se prêtent à une jouissance effective de leurs titulaires » ; dans ces conditions, « assurer la jouissance effective des droits fondamentaux passe souvent par l'édiction d'une réglementation (...) [ou peut] prendre la forme de fourniture de prestations matérielles »<sup>835</sup>. Dans le cas particulier de la liberté d'expression, ce souci s'est traduit par l'extension de son régime protecteur aux moyens concrets de son effectivité.

L'extension d'une telle conception concrète des droits et libertés fondamentales à la liberté d'expression se justifie à raison du caractère stratégique de cette dernière. Cette dimension essentielle de la liberté d'expression s'explique par le fait que « son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »<sup>836</sup>. En effet, cette liberté est autant inséparable de l'existence d'autres droits que de la théorie générale des libertés<sup>837</sup>. Elle peut être ainsi considérée comme étant à la base d'une conception libérale de la

830 Livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble, COM (84) 300, 14 juin 1984, *sp.* p. 171. D'autres exemples sont développés *infra*.

831 Et notamment la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Voir à cet égard l'article de BARANES William et FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le souci de l'effectivité du droit », *Rec. Dalloz*, 1996, 35<sup>ème</sup> cahier, chronique, pp. 301-303.

832 VIDAL-NAQUET Ariane, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Panthéon-Assas, 2007, p. 249.

833 SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011, p. 254.

834 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32.

835 LYON-CAEN Antoine, « Propositions pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », in LYON-CAEN Antoine et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 95.

836 Décision n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, JORF 20 mai 2011, p. 8890, (@ 83).

837 MORANGE Jean, *op. cit.*, p. 65.

démocratie, tel que le considère tant la doctrine<sup>838</sup> que la CEDH dans sa jurisprudence. En effet, cette dernière énonce ainsi que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »<sup>839</sup>. Ce caractère éminent de la fonction collective et politique de la liberté d'expression a impliqué dans les années 1980 une attention particulière à l'égard des conditions permettant d'en assurer une application concrète.

De manière plus générale, le constat a pu être posé selon lequel « les technologies de l'information et de la communication débouchent sur un accroissement des libertés individuelles ou collectives. Elles peuvent même leur donner un contenu plus complet. Ainsi, des espaces numériques de liberté viennent compléter ceux qui existent déjà et plusieurs libertés semblent valorisées: la liberté de s'informer ou d'informer et la liberté de communiquer »<sup>840</sup>. Une telle concrétisation constitutionnelle de la liberté d'expression comme impliquant en droit positif l'accès à internet apparaît certes comme une extension du travail entamé en 1984 par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée *Entreprises de presse*, mais aussi comme une réception de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

En effet, une telle position était déjà adoptée de longue date explicitement par le Conseil de l'Europe et implicitement dans la CESDH. Ce caractère précurseur des sources européennes s'explique par la formulation de l'article 10 de cette Convention, au terme duquel la jouissance de la liberté d'expression est reconnue à tous sans considération de frontières<sup>841</sup>. Cette absence de considération de frontières a incité le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à effectuer dès 1982 le lien logique entre le développement de la liberté d'expression et celui des technologies permettant de la concrétiser<sup>842</sup>. Cette extension à la dimension technique s'est également par le même coup étendue au projet social global que cette dimension technique du développement international des télécommunications était alors en train d'acquérir au début des années 1980<sup>843</sup>.

838 LECLERCQ Claude, *Libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003, p. 4.

839 CEDH, 30 mars 2004, *Radio France et autres c/ France*, n° 53984/00, CEDH 2003-X, § 32.

840 OBERDORFF Henri, *La Démocratie à l'ère numérique*, PUG, 2010, p. 25.

841 SUDRE Frédéric, *op. cit.*, p. 587 : « la liberté d'information est le seul droit proclamé à devoir être exercé « sans considération de frontières » (Com., déc. 2 mai 1978, Bertrand Russel Peace Foundation c/ Royaume Uni, D. et R., 14, p. 117) ; il en résulte que pèsent sur les États non seulement une obligation d'abstention (ne pas entraver la liberté de recevoir et de communiquer des informations), mais aussi une obligation d'action (assurer la libre circulation des informations) ».

842 Déclaration sur la liberté d'expression et d'information adoptée par le Comité des Ministres le 29 avril 1982, lors de sa 70<sup>ème</sup> Session: « 4. Considérant que la liberté d'expression et d'information est nécessaire pour le développement social, économique, culturel et politique de tout être humain, et constitue une condition pour le progrès harmonieux des groupes sociaux et culturels, des nations et de la communauté internationale ; 5. Persuadés que le développement continu de la technologie de l'information et de la communication devrait servir à promouvoir le droit, sans considération de frontières, d'exprimer, de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations et des idées, quelle que soit leur source ; (...); 8. Conscients que la libre circulation et la large diffusion d'informations de toute nature à travers les frontières constituent un facteur important pour la compréhension internationale, le rapprochement des peuples et l'enrichissement mutuel des cultures, (...) II. Déclarent que dans le domaine de l'information et des moyens de communication de masse, ils poursuivent les objectifs suivants : (...) f. l'intensification de la coopération et de l'assistance internationales, par des canaux publics et privés, en vue de favoriser la libre circulation de l'information et d'améliorer les infrastructures et les compétences en matière de communication ; (...) III. Décident d'intensifier leur coopération afin : c. de favoriser la libre circulation de l'information, contribuant ainsi à la compréhension internationale, à une meilleure connaissance des convictions et des traditions, au respect de la diversité des opinions et à l'enrichissement mutuel des cultures ».

843 voir *supra*, section 1.

C'est la raison pour laquelle le Conseil de l'Europe a mis si tôt en avant l'intérêt général attaché à l'extension technologique du principe de liberté d'expression. Mais, dans le même temps, il adopte la position de principe selon laquelle la liberté de communiquer par internet constitue une conséquence logique de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CESDH, position qui n'a reçu l'attention que de très rares auteurs<sup>844</sup>. Ainsi, pour le Conseil de l'Europe, les systèmes informatiques offrent un moyen sans précédent de promotion de la liberté d'expression et de communication dans le monde entier<sup>845</sup>. Dans le même ordre d'idée, la déclaration sur la liberté de la Communication sur l'Internet, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 28 mai 2003 indique que « le contrôle *a priori* des communications sur l'Internet, sans considération de frontières, devrait rester une exception » et que « la liberté de fournir des services via l'Internet contribuera à garantir le droit des usagers d'accéder à des contenus pluralistes provenant de multiples sources nationales et étrangères ».

Ces évolutions française et européenne de la conception de la liberté d'expression en tant que base juridique de l'accès libre à internet convergent ainsi avec la conception nord-américaine de cette liberté<sup>846</sup>. En effet, les autorités américaines ont très tôt considéré que le premier amendement de leur Constitution impliquait la libre circulation des données sur le réseau internet. Cette déclaration politique de l'Exécutif des États-Unis, énoncée dans un document de la présidence américaine intitulé « A Framework for Global Electronic Commerce »<sup>847</sup>, a été relayée la même année par un arrêt de la Cour suprême *Reno v. American Civil Liberties Union*. Au terme de ce dernier, la Cour juge inconstitutionnelles deux dispositions relatives à la lutte contre la pornographie sur internet en considérant que des restrictions dans l'accès et l'usage au réseau étaient contraires au premier amendement de la Constitution américaine protégeant la liberté d'expression. Or, la jurisprudence de cette même Cour avait déjà énoncé clairement la présomption d'invalidité dont était revêtue par principe toute mesure restreignant *a priori* la

844 AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, « Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur internet en droit européen », in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, p. 99: « La nature transfrontalière de la liberté d'expression, proclamée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'a longtemps trouvé qu'une traduction limitée dans la pratique. Outre les obstacles juridiques que les États érigeaient, parfois, à la communication internationale des idées et des informations, les moyens techniques ainsi que les barrières linguistiques et culturelles ont bridé cette liberté. *La communication en ligne et, plus spécialement, Internet, lui donnent un nouvel essor aujourd'hui* ».

845 Préambule du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'acte de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, Strasbourg, 28 janvier 2003.

846 POULLET Yves, « Vers la confiance: vues de Bruxelles: un droit européen de l'internet? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace », in *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 141, pour qui « L'Europe comme les États-Unis reconnaissent la liberté d'expression comme une valeur fondamentale du réseau Internet ».

847 « L'opposition est donc frappante entre l'approche européenne et la position américaine, que l'on trouve notamment exprimée dans le document de la Présidence intitulé " A Framework for Global Electronic Commerce " (1997). Selon ce document, qui contient un chapitre sur la vie privée, le premier amendement à la Constitution exige que la liberté de circulation de l'information soit protégée, et qu'un équilibre soit trouvée entre cette liberté et la protection des droits individuels. La directive européenne y est expressément citée comme " conduisant à des politiques disparates, susceptibles d'entraîner une interruption des flux transfrontières ". Les États-Unis affirment leur attachement à une politique fondée sur l'autorégulation et la discipline du marché, et leur volonté de continuer les discussions avec leurs partenaires européens afin d'accroître leur compréhension de l'approche américaine de la protection de la vie privée ", avec pour objectif de garantir que les critères utilisés pour apprécier le caractère adéquat du niveau de protection " sont suffisamment flexibles " pour s'adapter à l'approche américaine » (Rapport Braibant précité, p. 94).

liberté d'expression<sup>848</sup>. Pour employer l'expression imagée d'un membre de la doctrine, cet arrêt *Reno* représenterait ainsi le « « certificat de naissance » d'Internet »<sup>849</sup>. Sans aller jusque là, il est possible d'en conclure plus sobrement que la liberté d'expression constitue un des fondements juridiques essentiels de l'existence du réseau Internet, ce que corroborent, l'approche retenue sur cette question par le Conseil constitutionnel français, la CEDH et la CJUE.

À cet égard, le Conseil constitutionnel a, de manière précoce, inclus dans le régime constitutionnel de protection de la liberté d'expression les conditions matérielles de son effectivité. Ces conditions matérielles concernent tant les conditions d'organisation économique du secteur de la presse<sup>850</sup> que les modalités techniques d'exercice de la liberté d'expression. Plus récemment et, dans l'esprit de cette première décision, le Conseil a adopté une attitude particulièrement progressiste en considérant dans sa décision *Création sur internet* de 2009 que la libre communication des pensées et des opinions au sens de l'article 11 de la DDHC, « en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, (...) implique la liberté d'accéder à ces services »<sup>851</sup>.

Le sens de cette décision novatrice a été expressément<sup>852</sup> retenu par la CEDH dans son arrêt *Ahmet Yildirim c/ Turquie* du 18 décembre 2012. Dans cette affaire, le requérant se plaignait « de l'impossibilité d'accéder à son site Internet résultant d'une mesure ordonnée dans le cadre d'une affaire pénale qui n'avait aucun rapport avec son site. Il voi[yait] dans cette mesure une atteinte à son droit à la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées garanti par l'article 10 de la Convention »<sup>853</sup>. En effet, un tribunal turc avait adopté, sur la base d'une loi mémorielle locale, une décision de blocage de l'accès à un site de *Google Sites* en vue de prévenir une atteinte à la mémoire d'Atatürk. L'organe administratif chargé d'appliquer cette décision n'a pas juste procédé au blocage de ce site particulier, mais à celui du site-mère, *Google Sites* en l'espèce. Le requérant devant la Cour de Strasbourg ne pouvait alors plus, du fait du caractère disproportionné de cette décision de blocage, accéder à son site hébergé sur ce site-mère. La Cour a considéré que « de telles restrictions préalables ne sont pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention. Pour autant, elles doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus (*Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 58, CEDH 2001-VIII, (...)) »<sup>854</sup>. Partant, la Cour condamne la Turquie à raison de l'absence de prévisibilité de la loi mémorielle ayant fondé la décision de blocage, considérant de manière incidente que « la disposition en cause semble heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, en vertu duquel les droits reconnus dans cet article valent « sans considération de frontière »<sup>855</sup>.

848 *Banatan Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963) : « Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity ».

849 KLEBES-PELISSIER Anne, « Internet et la liberté d'expression – A propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Reno v. American Civil Liberties Union (A.C.L.U.)* du 26 juin 1997 », *RUDH*, 1998, pp. 393-401, sp. p. 394.

850 Décision n° 84-141 DC, 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec. p. 78.

851 Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Journal officiel du 13 juin 2009, Recueil, p. 9675 (@ 3), 12<sup>ème</sup> considérant.

852 La décision création sur Internet précitée du Conseil constitutionnel est d'ailleurs la première citée au titre de l'examen par le juge de Strasbourg de l'état du droit comparé sur cette question.

853 CEDH, 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, n° 3111/10, CEDH 2012, §38.

854 *Ibid.*, §64.

855 *Ibid.*, §67.

Enfin, une telle conception est également partagée par les juridictions de l'UE. En effet, leurs jurisprudences relatives au blocage des sites internet dans l'optique du respect de la propriété intellectuelle<sup>856</sup> achoppent toutes sur un point : une telle mesure de blocage constitue une atteinte au principe de liberté d'expression, tel que protégé par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Dans toutes ces affaires, le litige oppose une société de gestion des droits d'auteurs à un fournisseur de « services de la société de l'information », comme l'accès à internet ou l'hébergement de sites ou de blogs, le premier reprochant au second le détournement de sa prestation de service par des internautes dans le cadre d'activités de téléchargement illicite. Ces contentieux naissent alors de la requête, formulée par ces sociétés de gestion devant une juridiction nationale, enjoignant à ces fournisseurs de services de mettre en place des mesures de surveillance ou de filtrage du réseau en vue de faire cesser ces activités illicites.

Le droit positif de l'UE, et plus précisément la directive 2000/31, ne s'oppose pas par principe à ce que les États membres prévoient dans leur droit de telles obligations de surveillance. La seule condition imposée *a priori* est qu'une telle surveillance ne peut être générale mais doit répondre à une finalité bien précise<sup>857</sup>. En l'absence de toute autre précision utile, il est revenu au juge de l'Union de compléter ces dispositions. Pour résumer, dans les trois affaires précitées, le juge a rappelé l'obligation, pour les autorités nationales autorisant la mise en œuvre de mesures de surveillance, blocage ou filtrage d'internet pour des fins de sauvegarde du droit de propriété intellectuelle, d'atteindre un équilibre réel dans la poursuite de cet objectif avec la protection effective de la liberté d'entreprise, leur droit à la protection des données personnelles et, surtout, la liberté d'expression des internautes<sup>858</sup>. Dans ces trois affaires, la CJUE conclut à l'atteinte de cette dernière par une mesure de filtrage, de surveillance ou de blocage d'un site internet, les internautes ne pouvant alors plus accéder par principe et librement aux informations disponibles sur le réseau. Le fondement juridique qu'elle invoque, soit l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, présente l'utilité de distinguer une double formulation entre liberté d'expression et liberté d'information. Or, c'est bien cette dernière formulation qui est retenue en l'espèce : la décision *Scarlet* n'évoque que la « liberté de recevoir ou de communiquer des

856 Soit respectivement, pour les décisions essentielles : CJUE, 24 novembre 2011, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* ; CJUE, 16 février 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV* ; CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*.

857 Aux termes de l'article 15 de la directive 2000/31:

«1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».

858 CJUE, 24 novembre 2011, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, §53 : « Par conséquent, il convient de constater que, en adoptant l'injonction obligeant le FAI à mettre en place le système de filtrage litigieux, la juridiction nationale concernée ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part ». Pour des formulations voisines ou similaires, voir également ; CJUE, 16 février 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV*, §51 ; CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, §47.

informations »<sup>859</sup>, la décision *SABAM* évoque la « liberté d'information » ou la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations »<sup>860</sup>, la décision *Telekabel* « la liberté d'information des utilisateurs d'Internet, dont la protection est assurée par l'article 11 de la Charte » ou le « le droit fondamental des utilisateurs d'Internet à la liberté d'information »<sup>861</sup>.

### *C/ La liberté d'expression aujourd'hui : une liberté osmotique*

Par cette expression, on entend désigner le phénomène, constaté en droit positif, qui aboutit à ce que les dimensions économiques et techniques ou concrètes de la liberté d'expression deviennent complémentaires, indistinctes ou indissociables. Une telle évolution est perceptible tant dans le cadre du Conseil de l'Europe que dans le cadre de l'UE, et culmine, d'une part, dans les projets actuels de faire de la liberté d'expression le socle d'un régime de service public d'internet (1) et, d'autre part, dans la désormais difficile dissociation entre liberté d'expression et liberté de prestation de services (2).

#### **1) La liberté d'expression comme fondement éventuel d'un service public de l'internet**

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, les services transfrontaliers à caractère interactif, diffusés en ligne par les nouveaux moyens de communication électroniques, voient leur importance mise en exergue à raison de leur concours au progrès économique, social et culturel<sup>862</sup>. Ainsi, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe réaffirme en 2001 que « la liberté d'expression et d'information est nécessaire pour le développement social, économique, culturel et politique de tout être humain et constitue une condition pour le progrès harmonieux des groupes sociaux et culturels, des nations et de la communauté internationale »<sup>863</sup>.

Plus récemment, le Conseil de l'Europe a prolongé ce constat de départ, en considérant que la liberté d'expression telle que garantie par l'article 10 de la CESDH constitue le fondement potentiel du service public de l'internet. Si un tel régime de service public commence depuis quelques années à être dessiné en France<sup>864</sup>, ce n'est que plus récemment que le projet a été formé de sceller la dynamique de la Société de l'Information en donnant explicitement valeur de service public à l'accès à Internet.

A cet égard, l'œuvre du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est constante depuis le début du nouveau millénaire. Ainsi, la Déclaration du Comité des Ministres du 28 mai 2003 sur la

859 CJUE, 24 novembre 2011, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, §§ 50 et 53.

860 CJUE, 16 février 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV*, respectivement §§ 50 et 51.

861 CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, respectivement §§ 47 et 55.

862 Préambule de la Convention sur l'information et la coopération juridique concernant les « services de la société de l'information », Moscou, 4 octobre 2001.

863 Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'autorégulation des cyber-contenus, 5 septembre 2001, Rec (1001), point 8.

864 Et ce au moins en tant que service public local depuis la loi précitée pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004, qui a donné aux collectivités locales la possibilité de compenser la carence de l'initiative privée à mettre en œuvre des services de télécommunications et d'accès à internet sur leur territoire. Pour une analyse de ces dispositions et une première qualification de service public local, au moins à titre émergent, voir ALLEMAND Roselyne, « L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications », *AJDA*, 2004, pp. 2025-2030, sp. p. 2028.

liberté de la communication sur l'Internet souligne que les autorités publiques ne devraient pas, au moyen de mesures générales de blocage ou de filtrage, refuser l'accès du public à l'information et autres communications sur l'Internet. Cette position de principe tire ainsi explicitement les conséquences ultimes de la formulation de la liberté d'expression à l'article 10 de la CESDH, qui précise que cette liberté doit s'exercer « sans considérations de frontières ». Un cap est franchi avec la Recommandation Rec(2007)16 du Comité des Ministres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public d'Internet qui lie la conception classique de l'article 10 de la CEDH à ses modalités concrètes de mise en œuvre. Mais si cette recommandation lance l'idée de la reconnaissance d'un statut de service public pour l'Internet, ce n'est que très récemment que le Conseil de l'Europe a formulé un projet de régime de service public en la matière dans deux instruments<sup>865</sup>.

Dans la Recommandation du Comité des ministres du 21 septembre 2011, le Conseil de l'Europe pose un principe: « la protection de la liberté d'expression et de l'accès à l'information sur l'Internet, ainsi que la promotion de la valeur de service public de l'Internet relèvent de préoccupations plus générales sur la manière de garantir l'universalité, l'intégrité et l'ouverture de l'Internet »<sup>866</sup>. Elle en déduit une nécessité pressante pour les États membres, entre autres, « de protéger et de promouvoir l'universalité, l'intégrité et l'ouverture de l'Internet en respectant les principes et l'engagement figurant dans la présente recommandation, et de veiller à ce qu'ils soient reflétés dans la pratique et le droit »<sup>867</sup>. Ce premier instrument, déclaratoire, est complété par une déclaration de portée plus pratique, ébauchant un embryon<sup>868</sup> de régime de service public pour l'Internet impliquant notamment son universalité, son intégrité et sa continuité ainsi que sa neutralité en terme d'accès<sup>869</sup>.

Cette question, posée officiellement dans le cadre des travaux du Conseil de l'Europe, rejoint une réflexion doctrinale naissante, suscitée en France pour l'essentiel par le sens de la décision précitée *Création sur internet* du Conseil constitutionnel, aboutissant à déduire de la liberté d'expression le droit d'accéder aux services en ligne.

Une tendance minoritaire en doctrine tend à reconnaître le droit d'accès à Internet comme un

865 Recommandation CM/ Rec (2011)8 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection et la promotion de l'universalité, de l'intégrité et de l'ouverture de l'Internet, adoptée par le Comité des ministres le 21 septembre 2011 et Déclaration du Comité des Ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2011.

866 Recommandation CM/ Rec (2011)8 préc., §7.

867 Recommandation CM/ Rec (2011)8 préc., §12.

868 NORODOM Anne-Thida, « Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », in SFDI, *Internet et le droit international*, Pédone, 2014, pp. 20-23, où l'auteur adopte une position nuancée pour reconnaître que s'il existe des éléments permettant de conclure à la qualification d'Internet comme d'un service public international, ils sont en nombre insuffisants pour justifier à son sens une telle qualification.

869 Déclaration du Comité des Ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2011, §5: « Les politiques relatives à l'Internet devraient reconnaître le caractère mondial de l'Internet et l'objectif d'accès universel. Elles ne devraient pas entraver le flux libre du trafic Internet transfrontalier » ; §6: « La sécurité, la stabilité, la solidité, la résilience et la capacité à évoluer de l'Internet devraient être les principaux objectifs de sa gouvernance. Il est essentiel de promouvoir la coopération multiacteurs au niveau national et international pour préserver l'intégrité et le fonctionnement continu de l'infrastructure de l'Internet ainsi que la confiance que lui accordent les usagers » ; §9: « Les usagers devraient avoir le plus large accès possible à tout contenu, application et service de leur choix sur l'Internet, qu'ils leur soient offerts ou non à titre gratuit, en utilisant les appareils appropriés de leur choix. Toute mesure de gestion du trafic qui a un impact sur l'exercice des droits et libertés fondamentaux, et particulièrement le droit à la liberté d'expression et le droit à recevoir et transmettre des informations sans considération de frontières, ainsi que le droit au respect de la vie privée, doit être conforme aux dispositions du droit international relatives à la protection de la liberté d'expression et d'accès à l'information et du droit au respect de la vie privée ».

droit fondamental. Ainsi, le professeur Marino déduit que ce droit d'accès à internet constitue, fût-ce indirectement, un droit fondamental en tant que modalité concrète d'exercice de la liberté d'expression<sup>870</sup>.

Une tendance majoritaire dénie un tel qualificatif au droit à l'accès à internet. Ainsi, pour Willy Duhén, la reconnaissance d'un tel « droit fondamental d'accès à Internet paraît inopportune à raison du caractère accessoire de l'accès à internet<sup>871</sup>. En effet, il constate « l'absence de fondamentalité dans la valeur de l'accès à Internet », qui se fonde sur la nature de l'accès à Internet. Cette dernière réside uniquement « dans une relation contractuelle entre la personne proposant un accès et celle souhaitant en bénéficier ». Il en déduit que « la connexion à Internet est donc déjà une réalisation de l'autonomie obligationnelle naturelle de tout homme libre »<sup>872</sup>. Bref, il ne lui reconnaît pas de valeur fondamentale en soi, mais seulement comme élément de concrétisation soit de la liberté contractuelle, soit de la liberté d'expression<sup>873</sup>. Dans une conception plus didactique et à notre sens plus convaincante, Michael Bardin considère que « le droit d'accès à internet n'est ni « *un droit de l'Homme* » ni un « *droit fondamental* » en lui-même. Il n'est et n'existe que comme moyen de concrétisation de la liberté d'expression et de communication. En définitive, le droit d'accès à internet vient prendre sa juste place dans les moyens déjà connus et protégés que sont la presse, la radio ou encore la télévision »<sup>874</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, ce processus de convergence entre les concepts de service public et de droit fondamental s'avère cohérent avec une évolution générale relevée par le professeur Boyer-Cappelle dans sa thèse intitulée *Le service public et la garantie des droits et libertés*. En effet, cet auteur conclut au terme de son étude que « le service public trouve à garantir les « droits-créances » et à intervenir en leur faveur. Il concrétise ces exigences et fait écho à la dimension égalitaire portée par ces dernières, en permettant que tous puissent bénéficier de prestations considérées comme essentielles à la protection ou au développement de l'individu. Au-delà de ces créances classiquement consacrées, il est même apparu que certaines exigences nouvelles tendaient aujourd'hui à être accueillies en droit positif à travers le sort qui leur était réservé au sein des services publics traditionnellement chargés de les satisfaire. La logique portée par les « droits-créances » et mise en œuvre par le service public est en cela une logique dynamique, qui trouve à rejaillir sur les libertés »<sup>875</sup>. Cet auteur précise enfin que « la fonction de garantie du service public, longtemps laissée dans l'ombre, ressurgit aujourd'hui sous cette dimension particulière. Un champ d'intervention lui est accordé, justifié non plus sur le fondement d'un intérêt général largement entendu et abstraitement défini, mais sur celui plus ciblé, d'une mission de défense des droits et libertés »<sup>876</sup>. Cette évolution, retracée par cet auteur pour l'essentiel en droit français, est convergente avec celle que l'on peut observer dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, italienne et espagnole. En effet, dans ces « ordres

870 MARINO Laure, « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *Rec. Dalloz*, 2009, n° 30, pp. 2045-2046.

871 DUHEN Willy, *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à internet*, thèse, PUAM, 2013, p. 486 et ss.

872 DUHEN Willy, *op. cit.*, p. 487.

873 DUHEN Willy, *op. cit.*, p. 488 : « La fonction de l'accès à Internet est de permettre d'accéder à des services de communication au public en ligne, sujet reconnu de la liberté de communication dont il n'est pas nécessaire de faire état à nouveau. L'accès permet également de diffuser ses idées et d'en recevoir, exercice paroxystique de la liberté d'expression ».

874 BARDIN Michaël, « Le droit d'accès à internet : entre « choix de société » et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, mars 2013, p. 83.

875 BOYER-CAPELLE Camille, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Limoges, 2009, pp. 669-670.

876 BOYER-CAPELLE Camille, *op. cit.*, p. 671.

juridiques qui reconnaissent les droits fondamentaux de la personne, l'intervention publique à l'égard d'activités qualifiées en France de service public a comme justification la garantie d'exercice ou de jouissance de ces droits fondamentaux »<sup>877</sup>. Il est alors possible d'en déduire que ce n'est pas un hasard si des interrogations apparaissent en même temps, de la part du Conseil de l'Europe et de la doctrine, respectivement sur la qualification de l'accès à internet comme un service public d'une part, comme un droit fondamental d'autre part.

## 2) Le caractère difficilement dissociable de la liberté d'expression et de la liberté de prestation de services

Pour l'essentiel en droit l'Union européenne, l'osmose entre la liberté d'expression conduit en droit positif à la rendre interchangeable avec tout ou partie du principe de libre prestation de services.

S'il existe des précédents<sup>878</sup>, la directive 98/84/CE du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel s'impose comme un modèle de clarté dans la mise en évidence d'une telle symbiose. En effet, elle dispose dans son deuxième considérant que : « la fourniture transfrontière des services de radiodiffusion et des services de la société de l'information peut contribuer, sur le plan individuel, à la pleine efficacité de la liberté d'expression en tant que droit fondamental et, sur le plan collectif, à la réalisation des objectifs fixés dans le traité ». Dans le considérant suivant, le législateur communautaire en déduit que « le traité prévoit la libre circulation de tous les services fournis normalement contre rémunération; *que ce droit, appliqué aux services de radiodiffusion et à ceux de la société de l'information, est aussi une manifestation spécifique, en droit communautaire, d'un principe plus général, à savoir la liberté d'expression* telle qu'elle est consacrée par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; que cet article reconnaît explicitement la *liberté des citoyens de recevoir et de communiquer des informations sans considération de frontières* ». Plus récemment, cette osmose se concrétise dans l'adoption d'un principe spécifique au sein de la directive cadre de 2000 relative aux communications électroniques: la libre circulation des services de la société de l'information<sup>879</sup>.

877 LYON-CAEN Antoine, « Propositions pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », in LYON-CAEN Antoine et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 90.

878 Constitue ainsi un acte précurseur la Directive 89/552/CEE du Conseil, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE L 298 du 17 10 1989, p. 23. Plus précisément, ces considérants 7 et 8 énoncent que: « Considérant que le traité prévoit *la libre circulation de tous les services* fournis normalement contre rémunération, sans exclusion liée à leur contenu culturel ou autre et sans restriction à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pas de la Communauté autre que celui du destinataire du service ; Considérant que *ce droit appliqué à la diffusion et à la contribution de services de télévision est aussi une manifestation spécifique, en droit communautaire, d'un principe plus général, à savoir la liberté d'expression* telle qu'elle est consacrée par l'article 10 paragraphe 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ratifiée par tous les États membres ; que, pour cette raison, l'adoption de directives concernant l'activité de diffusion et de distribution de programmes de télévision doit assurer le libre exercice de cette activité à la lumière dudit article, sous réserve des seules limites prévues au paragraphe 2 du même article et à l'article 86 paragraphe 1 du traité ».

879 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOUE n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016, considérant n° 9:« Dans bien des cas, la libre circulation des

Une telle conception a été ensuite perçue et consacrée par un très petit nombre d'auteurs en doctrine. Pour certains, cette dernière directive « contribue à la concrétisation de la liberté d'expression du fait qu'elle promeut le marché intérieur de la communication en ligne et encourage l'extension de la connectivité Internet en Europe avec le souci de lutter contre l'exclusion numérique »<sup>880</sup>. De manière encore plus imagée, les mêmes considèrent que c'est cette directive spécifiquement « qui donne corps à la liberté d'expression »<sup>881</sup>. Réciproquement, dans cette conception, « le libre établissement et la libre prestation de services en matière de commerce électronique peuvent refléter la liberté d'expression. Dès lors, la liberté d'expression ne saurait être invoquée par les États pour déroger au principe de la libre circulation des services de la société de l'information posé à l'article 1 de la directive. Bien au contraire, le respect des libertés fondamentales du Traité s'impose avec d'autant plus de force que celles-ci mettent en œuvre un droit fondamental de l'Union »<sup>882</sup>.

Ainsi, en droit de l'Union européenne, les activités de commerce électroniques apparaissent-elles comme reposant sur un double fondement juridique : la liberté d'expression et la libre prestation de services. Plus précisément, pour le professeur Olivier Cachard, ces activités relèvent de la « libre prestation de service passive »<sup>883</sup>, dans la conception dégagée par le CJCE<sup>884</sup>. Cette notion a été établie en droit communautaire par la Cour en vue d'assouplir la condition de déplacement physique de l'opérateur ou du consommateur et de le remplacer pour ainsi dire par le déplacement de l'objet de la prestation de l'ordinateur du prestataire à celui du destinataire. C'est d'ailleurs la conception retenue par la directive relative au commerce électronique. Ainsi, constitue un service de la société de l'information « tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de service ». Les « services de la société de l'information désignent à la fois les activités de certains intermédiaires techniques qui exercent « les nouveaux métiers de l'internet » et les activités traditionnelles mises en réseau par les opérateurs désireux d'étendre leur « zone de chalandise » »<sup>885</sup>. Les premiers jouissent de la liberté d'accès à ces activités sans autorisation. Les opérateurs traditionnels peuvent se livrer à leur activité habituelle sans demander d'autorisation supplémentaire, la directive relative au commerce électronique étant neutre à leur égard. Ces deux principes de liberté et de neutralité constituent les deux éléments de la « liberté de prestation des « services de la société de l'information » »<sup>886</sup>.

services de la société de l'information peut refléter spécifiquement, dans la législation communautaire, un principe plus général, à savoir la liberté d'expression, consacrée par l'article 10, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui a été ratifiée par tous les États membres. Pour cette raison, les directives couvrant la fourniture de services de la société de l'information doivent assurer que cette activité peut être exercée librement en vertu de l'article précité, sous réserve uniquement des restrictions prévues au paragraphe 2 du même article et à l'article 46, paragraphe 1, du traité. La présente directive n'entend pas porter atteinte aux règles et principes fondamentaux nationaux en matière de liberté d'expression ».

880 AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, *op. cit.*, p. 105.

881 AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, *op. cit.*, pp. 105-106.

882 AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, *op. cit.*, pp. 110-111.

883 CACHARD Olivier, *La régulation internationale du marché électronique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 365, 2002, p. 94.

884 Voir notamment CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments c/ Ministrer van Financiën*, aff. C-384/93, Rec. 1995, I, p. 01141.

885 CACHARD Olivier, *op. cit.*, p. 97.

886 CACHARD Olivier, *op. cit.*, p. 97.

De tout ce qui précède, il résulte que la libre circulation de l'information en tant que principe ne peut trouver dans une conception restrictive de la liberté d'expression son co-fondement. Une telle conception a pu être mise en avant par certains auteurs comme les professeurs Pinto et Benyekhlef. Mais la réalité contemporaine du droit positif révèle une extension du principe de liberté d'expression à ses modalités d'exécution techniques ainsi qu'à ses usages économiques. Une telle conception élargie de la liberté d'expression permet alors d'y inclure la communication libre de toutes informations, indépendamment de l'exigence pour ce faire d'un but social, culturel ou politique. Une telle conception large fonde alors de manière indistincte une véritable libre circulation de l'information.

L'étendue de cette conception permet enfin de faire la distinction entre la libre circulation de l'information dans un objectif indifférencié et celle dans un objectif déterminé, qu'il soit politique, social et culturel. L'intérêt de cette distinction est de mettre en lumière l'existence d'un principe de libre circulation de l'information distinct du principe de liberté d'expression et revêtant une portée considérablement plus large. A cet égard, il ne peut apparaître comme un hasard que la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dans son article 11, distingue entre les libertés d'expression et d'information. Au surplus, une telle distinction présente un intérêt non négligeable dans le cadre actuel des négociations relatives au traité transatlantique de libre-échange entre l'UE et les États-Unis dans la mesure où elle devrait permettre, si le principe de l'exception culturelle à la française était retenu, la cohabitation entre une libre circulation des données à des fins triviales et une restriction de la communication audiovisuelle.

Dans l'ordre interne, l'existence d'une liberté pour toute institution de s'administrer implique la liberté de traitement de données, y compris personnelles. Dans l'ordre international, cette dernière se trouve impliquée par le principe de libre circulation de l'information. Ce dernier n'est pas réductible à la liberté de prestation de services ni à la liberté d'expression, mais en constitue un principe commun, initié par l'un et encadré par l'autre. Cela explique que le recours à internet et, plus largement, à la société de l'information, exige par principe la liberté internationale de circulation des informations, y compris personnelles.

## Conclusion du titre1:

Il existe deux intérêts prééminents et préexistants à tout instrument relatif aux données personnelles impliquant nécessairement l'existence d'une liberté de traitement de ces données.

Dans l'ordre interne, cette liberté de traitement des données personnelles est impliquée par la liberté d'administration qui découle elle-même logiquement du fait institutionnel. Elle implique pour toute institution, publique ou privée, la liberté d'adapter ses moyens à ses fins. Au titre de ces moyens se trouve, à titre privilégié, le traitement rationnel de l'information personnelle, qui constitue la définition même de l'informatique. Le concept d'administration au sens où nous l'entendons en France implique ainsi par principe la liberté de traitement des données personnelles.

Dans l'ordre international, cette liberté de traitement des données personnelles est impliquée par le principe de libre circulation de l'information. Ce dernier n'est pas réductible à la liberté de prestation de services ni à la liberté d'expression, mais en constitue un principe commun. Il implique pour toute personne privée la liberté de communiquer et de recevoir des informations indépendamment de la finalité de cet échange. Cette liberté ne se trouve donc pas limitée à une finalité d'information au public mais peut s'étendre à tout type d'échange, pour toute finalité. Du caractère indifférencié de l'objet de ces échanges, il est possible de déduire que le concept même d'Internet et, au delà, de « société de l'information », exige par principe la liberté de traitement des données personnelles, ces informations particulières ne pouvant alors être distinguées des autres.

La mise au jour de ces deux intérêts, généralement formulés de manière implicite<sup>887</sup>, conduit à formuler une hypothèse: dans la mesure où depuis l'adoption des premiers instruments relatifs aux données personnelles, il n'existe pas d'interdiction *a priori* des activités d'administration et de communication internationale d'informations, le droit des données personnelles s'inscrit dans ce contexte libéral davantage qu'il ne le contrarie. Pour le dire autrement, ce droit accompagne des libertés plus qu'il ne s'y oppose. C'est donc qu'il consacre par principe une liberté *a priori* de traitement de données personnelles, et non par principe l'interdiction de ces activités au nom de la protection de la personne fichée.

887 Ces deux libertés permettent ainsi de rationaliser et de compléter la liste des intérêts énoncée de manière précoce dans la Déclaration sur les flux transfrontières de données adoptée par le gouvernement des pays membres de l'OCDE le 11 avril 1985. Son paragraphe final entérine l'adoption de cette formulation:« Considérant l'intention exprimée ci-dessus, et tenant compte des travaux effectués dans d'autres enceintes internationales, les gouvernements des pays membres:

Sont d'accord pour entreprendre des travaux ultérieurs et pour que de tels travaux se concentrent au départ sur les questions soulevées par les types de flux transfrontières de données suivants :

1. les flux de données d'accompagnement du commerce international ;
2. les services informatiques et d'information automatisée à caractère marchand ; et
3. les flux de données internes aux entreprises.

Les gouvernements des pays membres conviennent de coopérer et de se consulter pour effectuer ces importants travaux et mettre en œuvre les objectifs de cette déclaration ».



## **Titre 2**

### **LE REGIME DE LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES**

Le titre précédent a conduit à révéler l'existence d'intérêts préexistants et prédominants organisés en libertés et impliquant par principe l'usage libre de procédés informatiques. De ce résultat découle la formulation d'une hypothèse: le recours à des procédés informatiques et, par extension, à des traitements de données personnelles, constitue une activité libre.

L'objectif du présent titre est de valider cette hypothèse en démontrant qu'elle s'inscrit sans ambiguïté dans le droit positif. Une telle hypothèse sera validée par la démonstration de ce que les instruments relatifs aux données personnelles applicables dans l'ordre juridique français ont pour objet principal l'organisation de l'exercice effectif de cette liberté.

Toutefois, cette démonstration est rendue difficile à raison de la rareté de consécration explicite de cette liberté comme telle. Par là même, la liberté de traiter des données personnelles apparaît comme ne bénéficiant que d'une consécration implicite (Chapitre 1).

Cette démonstration est toutefois conduite à son terme par la mise en évidence de l'organisation des instruments relatifs aux données personnelles applicables dans l'ordre juridique français comme des polices administratives spéciales. A ce titre, ces instruments apparaissent comme ayant pour objet principal et essentiel de rendre effective cette liberté en aménageant l'exercice (Chapitre 2).



## Chapitre 1 – Une liberté difficilement consacrée

Cette consécration est plus ou moins facilement perceptible selon que l'on se observe l'ordre interne ou l'ordre juridique de l'UE, à raison de la plus ou moins grande proximité, dans chacun des ordres juridiques, des concepts traduisant l'idée de liberté avec la protection des droits de l'homme.

En effet, cette consécration est difficilement perceptible en droit interne parce que la liberté de traitement des données personnelles se coule dans le cadre conceptuel de la notion de liberté publique. Or, ce cadre présente certaines spécificités et ambiguïtés nuisant *a priori* à une consécration explicite de la liberté de traitement des données personnelles dans l'ordre interne (Chapitre 1).

*A contrario*, il n'existe pas dans l'ordre communautaire de telles difficultés. En effet, la liberté de traitement des données personnelles y est bâtie sur le modèle pragmatique des libertés économiques de circulation. Cela explique qu'elle soit, dans ce cadre, explicitement consacrée comme une liberté (Chapitre 2).

### Section 1 – Une consécration implicite dans l'ordre interne

L'idée même de l'existence d'une liberté de traitement des données personnelles est difficilement concevable en droit interne. En effet, historiquement, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est considérée non pas comme une loi consacrant une liberté publique mais comme protégeant des libertés publiques. Dans ces conditions, l'apport de ce texte à la matière des droits et libertés fondamentales n'est jamais envisagé du point de vue de l'auteur du traitement de données mais seulement sous l'angle de la personne fichée. Or, cette loi consacre précisément comme une liberté publique la faculté de traiter des données personnelles (§1).

L'explicitation de cette liberté n'a pu se faire jusqu'à présent dans l'ordre interne car, bien que consacrée en droit positif comme une liberté publique, elle apparaît comme « innommable » au regard d'une conception idéologique et datée des droits de l'homme (§2).

#### §1 – Une liberté innommée

Le problème dans l'identification de la liberté de traitement des données personnelles comme d'une liberté publique est qu'elle n'est pas nommée. Or, elle répond à tous les canons d'une telle qualification (A). La raison de cette difficulté d'identification tient dans le caractère répandu d'une conception métonymique du droit des données personnelles, aboutissant à prendre cette partie que sont les dispositions relatives à la protection de la personne fichée pour le tout (B).

## *A/ Une liberté publique classique*

La citation tronquée de l'article premier de la loi du 6 janvier 1978 sert fréquemment à justifier une réduction du droit des données personnelles au seul droit de la protection des données personnelles. Dans cette optique, « la protection de l'individu face aux dangers de l'informatique est une fin en soi pour le législateur français » alors que « pour le droit communautaire, la protection des personnes n'est que la conséquence du principe de libre circulation »<sup>888</sup>. Or, une telle réduction ne peut être justifiée par les dispositions de cet article premier. Bien au contraire, celui-ci révèle, malgré sa formulation équivoque, que l'objet de cette loi demeure la liberté de l'informatique. Le recours à une interprétation littérale de loi, commandant de déduire la volonté du législateur des termes mêmes de la loi<sup>889</sup>, est alors nécessaire.

Cet article se compose de trois phrases dont l'ordre précis est révélateur des intentions réelles du législateur. Ainsi, ce dernier énonce que: « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Il est possible d'interpréter cet article de deux façons : en considérant qu'il n'énonce une finalité première de protection des droits et libertés de la personne fichée ou en considérant qu'il consacre le principe de la liberté de l'informatique.

L'analyse qu'en a mené le professeur Frayssinet s'inscrit délibérément dans cette première option. En effet, considérant ce premier article, il remarque à titre préliminaire que « la formule lapidaire, en fixant l'objectif fondamental, joue le rôle d'un projecteur qui illumine sous un certain angle et colore le relief de toutes les dispositions de la Loi, pour leur compréhension, leur interprétation, leur application »<sup>890</sup>. Si l'on ne peut que tomber d'accord avec cet auteur sur l'importance de cet article dans l'interprétation de la loi, il est toutefois regrettable que son caractère équivoque ait pu effectivement conduire à une lecture faussée mais dominante en doctrine des objectifs de cette loi. Le professeur Frayssinet considère ensuite que dans cet article, « sont réunis le sujet de la Loi, l'homme, c'est à dire l'individu, l'objet, les libertés, et le lien de connexion, l'informatique »<sup>891</sup>. Selon nous, un tel constat n'est pas pertinent car l'objet du droit des données personnelles n'est pas les droits et libertés de la personne fichées, mais la liberté de l'activité informatique elle-même. La protection des droits et libertés n'y est qu'accessoire. Enfin, il en déduit que « cette analyse fait apparaître le mauvais placement de la seconde phrase, « son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale », qui vient rompre la liaison évidente entre la première et la troisième phrase de l'article premier. Il était préférable de la situer à la fin de l'article car elle n'ajoute qu'une caractéristique à l'objectif en le situant dans un cadre international et non exclusivement nationale »<sup>892</sup>. Là encore, la thèse de cet auteur semble pouvoir être critiquée : en effet, il est possible de considérer en considérant que cette deuxième phrase doit être interprétée comme complétant maladroitement la formulation déjà peu heureuse

888 LETTERON Roseline, « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *op. cit.*, p. 186: l'auteur tire cette conclusion précisément en mettant en avant cette seconde phrase.

889 Sur le caractère essentiel de cette méthode, voir GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », RFDA, 2002, p. 879.

890 FRAYSSINET Jean, « L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *RRJ*, 1989-4, p. 905.

891 *Ibid.*

892 *Ibid.*

de la première. En ce sens, elle la complète en laissant sous-entendre que la liberté de l'informatique telle qu'elle s'exerce dans l'ordre interne existe dans l'ordre international et, qu'à ce titre, elle appellerait un cadre normatif et réglementaire de nature à l'encadrer à ce niveau.

A *contrario*, dans le cadre de la deuxième option, qui n'a à ce jour et à notre connaissance pas été formulée en doctrine, la première phrase constitue l'énoncé par le législateur d'une liberté: celle pour chacun d'utiliser des procédés informatiques. La seconde prolonge cette liberté en anticipant sur les développements nécessairement internationaux de ces usages. La protection des droits et libertés fondamentales de la personne fichée à l'encontre des abus de cette liberté n'intervient qu'en dernier lieu au sein de ce paragraphe. Sa formulation négative indique clairement que le respect des droits fondamentaux des personnes physiques constitue non pas l'objet du droit des données personnelles mais sa limite.

C'est dire si la formulation retenue pour la première phrase, pourtant essentielle, contribue à jeter le trouble en raison de son caractère équivoque. Littéralement, cette première phrase (« L'informatique doit être au service de chaque citoyen ») aurait pu s'écrire de manière plus explicite: « L'usage de l'informatique est libre ». Du reste, une telle signification résulte d'une étude littérale de cette première phrase. Or, au regard du contexte dans lequel a été élaboré la loi du 6 janvier 1978, surdéterminé par la volonté de protéger la personne fichée, et de la diversité des enjeux que cette loi articule, le recours à une interprétation littérale paraît le choix méthodologique le plus adapté pour interpréter la volonté réelle du législateur, au delà des effets de communication politique entachant la rédaction de ce texte<sup>893</sup>. En effet, l'emploi de l'expression « au service de » renvoie à la deuxième des quatre significations usuellement accolées au terme de service: une « action de servir librement quelqu'un », le « fait de se mettre à la disposition de » quelqu'un<sup>894</sup>. Ce type de formulation est d'ailleurs utilisé avec cette même signification en droit français<sup>895</sup>. Dans ces conditions, il n'est pas permis de souscrire à l'opinion radicale d'un membre du Conseil d'État pour qui, « à l'antithèse de ce que proclame en préambule la loi du 30 septembre 1986, la loi du 6 janvier 1978 pourrait commencer par une abrupte mise au point: « La communication des informations à caractère personnel n'est pas libre. La liberté y est l'exception »<sup>896</sup>. Contrairement à ce qu'il soutient, il est possible d'affirmer, à la seule lecture de l'article premier de la loi du 6 janvier 1978, que l'objet de cette dernière est la liberté de l'informatique, incluant celle de traiter des données personnelles. La loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés constitue donc une « loi de liberté publique »<sup>897</sup> au même titre que celles relatives à la liberté de la presse ou à la liberté d'association.

Cette formulation malheureuse de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978 trouve son origine dans une dérive parfois constatée dans la pratique législative et consistant à faire du titre de la loi un « instrument de marketing, média de l'activité législative »<sup>898</sup>. Une telle pratique est susceptible

893 GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 et ss.

894 *Le nouveau Petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, 2010, p. 2361.

895 Ainsi, confirmant sans ambiguïté l'acception retenue de cette expression, l'art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 relative au statut général des militaires dispose que « L'armée de la République est au service de la Nation ».

896 ANDRIEU Thomas, *op. cit.*, p. 15.

897 MAISL Herbert, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit public », *JCP*, 1983, I, 3101, §35.

898 MOLFESSIS Nicolas, « Le titre des lois », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Études offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, p. 61.

d'aboutir, comme cela a manifestement été le cas pour la loi du 6 janvier 1978, à la dissociation plus ou moins large entre le texte et l'intention du législateur<sup>899</sup>.

Ainsi, son intitulé officiel est « loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Dans la pratique, elle se trouve communément désignée comme la « loi informatique et libertés »<sup>900</sup>. Une telle prédominance de cet aspect du droit des données personnelles s'explique par le contexte politiquement sensible de la question lors de l'adoption de la loi<sup>901</sup>. Le législateur souhaitait effectivement que son travail soit compris comme un effort de protection des citoyens. Mais une telle présentation est tronquée et ne cadre que très partiellement avec la réalité de ce qui a été accompli.

En effet, la comparaison de la structure et l'objet des lois de 1978 relative à l'informatique d'une part, de 1982 et de 1986 relative à la communication d'autre part, révèle une présentation formellement différente du titre de ces lois quand leur objet met en évidence une structuration profondément similaire. Ainsi, s'il y avait un certain parallélisme dans leur dénominations respectives, ces deux lois devraient s'intituler soit « loi relative à la liberté de l'informatique » d'une part et, ce qui est le cas, « loi relative à la liberté de communication »<sup>902</sup> ; soit « loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés d'une part », « loi relative à l'audiovisuel, aux télécommunications et aux libertés » d'autre part. Tel n'a pas été le cas, en dépit d'une structuration formelle identique révélée par la comparaison de ces deux ensembles de textes.

Une telle similarité dans la structuration résulte d'abord de détails cosmétiques mais significatifs. Ainsi, le nom de l'AAI instauré par la loi du 30 septembre 1986 en remplacement de la Haute autorité de la communication audiovisuelle et avant l'instauration du Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission nationale de la communication et des libertés<sup>903</sup>, est-il similaire dans sa composition à la CNIL.

De manière plus significative, une telle similarité résulte surtout de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi relative à la communication, qui en définit les objectifs selon un modèle identique de celui de la loi du 6 janvier 1978. En effet, toutes proportions gardées, la méprise sur l'objet de ce texte serait de même nature si l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication et définissant notamment la fonction du CSA était interprété comme attribuant à ce dernier une mission première de protection des droits fondamentaux à l'égard de la communication audiovisuelle et des télécommunications. Certes, la protection de certains droits ou valeurs fondamentales est bien inscrite dans cet article, mais uniquement en son deuxième alinéa, le premier énonçant le but véritable de cette loi: garantir la libre communication<sup>904</sup>. Au

899 GENEVOIS Bruno, *précit.*

900 *Ibid.*, p. 61: « Transformé en technique d'affichage, aux vertus politiques bien comprises, le titre vise alors davantage à mettre en avant la finalité du texte que son objet. C'est l'action de la loi qui est alors exprimée, qui ne permettra plus de savoir sur quoi porte le texte ». De manière encore plus incisive, l'auteur précise, dans la même page, que « le titre accrocheur n'est en effet pas l'apanage de l'œuvre littéraire ou artistique; il est aussi au surplomb de la loi, afin que soit mieux révélé à ses destinataires le travail accompli, pour leur satisfaction par hypothèse ».

901 Sur ce contexte, voir *supra*, introduction.

902 Voir *contra*: ANDRIEU Thomas, « L'étude du Conseil d'État: « inventaire méthodique et codification du droit de la communication » », *Légicom*, n° 40, 2007/4, p. 15: « à l'antithèse de ce que proclame en préambule la loi du 30 septembre 1986, la loi du 6 janvier 1978 pourrait commencer par une abrupte mise au point: « La communication des informations à caractère personnel n'est pas libre ». La liberté y est l'exception ».

903 Pour une présentation approfondie de cette institution ancêtre du CSA, voir DEBBASCH Charles (dir.), *La Commission Nationale de la Communication et des Libertés*, Economica – PUAM, 1988.

904 Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication:  
« La communication au public par voie électronique est libre.

L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité

surplus, la formulation retenue dans son deuxième alinéa ne prête pas à la même confusion qu'au sein de la loi « informatique et libertés », en ce qu'elle énonce le respect de certains droits et valeurs fondamentales comme des bornes légitimes à la liberté de communication.

L'objet de cette loi est donc de consacrer la liberté de communication et d'en aménager le régime, notamment en la rendant compatible avec l'ordre public et les droits et libertés d'autrui, ce qui du reste a été confirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984 relative à la Haute autorité de communication audiovisuelle<sup>905</sup>. En effet, dans le quatrième considérant de cette décision, le Conseil énonce que « la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la communication que celle d'autoriser l'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique ». Or, la liberté publique en question ne peut manifestement se comprendre comme renvoyant aux droits et libertés protégés à l'encontre de la liberté de communication dans ce texte, mais renvoie bien explicitement à cette dernière. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel considère que l'existence de ce qui allait devenir le CSA constitue une garantie d'une liberté publique, il ne vise pas les droits et libertés des personnes tels qu'ils pourraient être atteints par la liberté de communication, mais seulement cette liberté publique. La transposition de cette solution aux relations entre la CNIL et la loi du 6 janvier 1978 invite ainsi à en déduire dans un premier temps que l'objet de cette loi est bien la liberté de traiter des données personnelles. Dans un deuxième temps, elle invite à considérer par analogie la CNIL comme une « garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique »: non pas le droit au respect de la vie privée mais la liberté de traiter des données personnelles.

Une telle similarité résulte ainsi de l'objet même de ces deux législations qui consiste à définir un régime encadrant l'usage libre de l'information. La seule différence est que la loi sur la liberté de la communication s'applique à des informations de nature indifférenciée, quand celle relative aux données personnelles ne vise que les informations permettant d'identifier une personne physique. Cette similarité se trouve d'ailleurs accentuée par la convergence des techniques permise par la technologie numérique. Cette dernière permet de faire fusionner jusqu'à les rendre indissociables les moyens de communication et ceux de traitement informatisé de l'information<sup>906</sup>. C'est d'autant plus vrai depuis que la loi relative à la liberté de communication a vu son intitulé modifié pour devenir la « Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle »<sup>907</sup>. Pour autant, une telle convergence n'a pas connu d'aboutissement dans le droit positif, en dépit de brèves évocations.

de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle.

Les services audiovisuels comprennent les services de communication audiovisuelle telle que définie à l'article 2 ainsi que l'ensemble des services mettant à disposition du public ou d'une catégorie de public des œuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition ».

905 Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63.

906 Voit *supra*, titre 1, Chapitre 2.

907 Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, précitée.

Ainsi, de manière épisodique, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu l'argument avancé par les parlementaires requérants d'une telle similarité fonctionnelle entre la liberté de traiter des données personnelles et la liberté de communication<sup>908</sup>. De manière plus systématique, à l'occasion de son inventaire méthodique du droit de la communication dans le but de sa codification, le Conseil d'État a considéré avant de la rejeter une telle hypothèse au sein des quatre scénarios envisagés. Il a ainsi refusé d'inclure dans le périmètre du code de la communication la loi du 6 janvier 1978<sup>909</sup>.

Or, un tel refus semble essentiellement procéder de la réduction du droit des données personnelles au droit de la seule protection de ces données, alors qu'il en règle aussi les usages. Une telle réduction est flagrante dans cette étude du Conseil d'État qui n'évoque que le seul « droit de la protection des données personnelles »<sup>910</sup> quand celui-ci ne constitue qu'une partie du droit des données personnelles. Dans ces conditions, la liberté de traiter des données personnelles se trouve certes évoquée, mais comme une exception au principe de la protection de ces données<sup>911</sup>. Une telle conception tend ainsi à intervertir le principe de la liberté de traitement et l'exception de la protection. L'argument principal développé par les auteurs de cette étude pour justifier une telle interversion est que l'essentiel des traitements de données se trouve soumis à une obligation de déclaration préalable. Ils en déduisent « l'abrupte mise au point » déjà citée en note, au terme de laquelle « la communication des informations à caractère personnel n'est pas libre ».

Cette position peut être critiquée en ce qu'elle revient à considérer que la seule soumission à un régime déclaratif emporte *per se* annihilation de l'existence même d'une liberté<sup>912</sup>. La transposition de cet argument à un autre domaine que celui des données personnelles révèle les limites logiques de cette position: soumises à un régime déclaratif préalable, les libertés de réunion ou de manifestation sur la voie publique ne devraient ainsi pas être considérées comme des libertés publiques précisément parce qu'elles font l'objet de réglementations en restreignant l'exercice. Dans cette conception, il est donc pertinent de déduire de ces obligations déclaratives que le droit des données personnelles constitue un « droit de la non-communication ». Mais cette pertinence est limitée au droit de la protection des données considéré comme une partie du droit des données personnelles, et non comme un synonyme du tout. Cette difficulté de concevoir de manière distincte ces deux facettes du droit des données conduit à refuser son inclusion dans le

908 Voir ainsi l'argument en ce sens des parlementaires requérants dans la Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Recueil, p. 100 - Journal officiel du 28 juillet 1999, p. 11250, §49 : « Considérant que les requérants soutiennent qu'en subordonnant la communication de données statistiques anonymes à un avis conforme de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, l'article 41 porte atteinte à la liberté de communication énoncée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'au surplus, cette formalité ne constitue pas, selon eux, une garantie suffisante pour éviter la rupture de l'anonymat ».

909 Conseil d'État, *Inventaire méthodique et codification du droit de la communication*, *La Documentation française*, 2006, pp. 70-76 et pp. 104-105.

910 De manière non exhaustive, voir à titre d'exemple les formulations retenues dans le rapport précité du Conseil d'État, pp. 70-72 et pp. 104-105.

911 *Ibid.*, p. 72: « Dès lors, à l'antithèse de ce que proclame la loi du 30 septembre 1986, la loi du 6 janvier 1978 pourrait commencer par une abrupte mise au point: « La communication des informations à caractère personnel n'est pas libre ». La liberté y est l'exception, comme l'illustre la construction de l'article 22 de la loi, relatif à la déclaration à la CNIL des traitements de données à caractère personnel, qui pose d'abord que tous ces traitements sont soumis à déclaration, avant d'envisager un certain nombre d'exceptions ».

912 La question de la réalité de la liberté de communication a d'ailleurs été posée pour les mêmes motifs dans MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, *op. cit.*, p. 5: « on peut se demander s'il y a vraiment un régime de liberté quand d'abord un grand rôle est assigné au service public et quand, par ailleurs, certaines activités sont soumises à autorisations, déclarations, concessions ».

projet de code de la communication, avec une pointe perceptible de doute, non abouti, sur la solution retenue<sup>913</sup>.

### *B/ Une qualification entravée par une conception métonymique du droit des données personnelles*

L'identification de la liberté de traitement des données personnelles comme une liberté publique dans l'ordre interne se trouve tout entravée à raison du caractère malaisément déterminable de son contenu. La conception métonymique du droit des données personnelles, telle que mise en évidence dans l'introduction, tend à réduire les enjeux de ce droit à la seule protection de la personne fichée. Une telle conception est directement à l'origine d'un problème d'identification de la liberté consacrée par la loi du 6 janvier 1978. Cette difficulté est la suivante : lorsque l'on dit de cette loi qu'elle est une « loi de liberté publique »<sup>914</sup>, que veut-on dire exactement?

Une conception réductrice du droit des données personnelles inclinerait à penser que la réponse est : « cette loi peut-être considérée comme telle car elle protège des libertés publiques, au premier rang desquelles se trouve le droit au respect de la vie privée ». Or, cette réponse, sans être fautive au fond, apparaîtrait comme erronée tant dans la représentation des enjeux de cette loi que dans l'indétermination des concepts ressortant de l'expression de « loi de liberté publique ». Cette expression n'est pas courante mais il faut se pencher dessus car son emploi en la matière est révélateur de la difficulté à concevoir l'objet du droit des données personnelles.

Le rôle de la loi par rapport aux libertés publiques est de les consacrer, de les réglementer et de les protéger. Cette expression de « loi de liberté publique », telle qu'employée couramment en doctrine, fait hélas systématiquement l'impasse sur l'identification de ce rôle. Cette mise sous silence permet ainsi de recouvrir des réalités très différentes. Elle permet ainsi, par l'emploi de l'expression de « loi de liberté publique », de désigner la loi du 6 janvier 1978 soit comme consacrant, réglementant ou protégeant une liberté publique, soit beaucoup plus largement comme un instrument dédié à la protection des individus. La conséquence n'est pas la même selon que l'on choisit l'une ou l'autre de ces significations. Or, force est de reconnaître que la conception métonymique du droit des données personnelles oriente fortement la réponse vers cette deuxième option.

En effet, des rares études consacrées au sujet, il ressort que la loi du 6 janvier 1978 protège une liberté publique ou met en œuvre un régime original de libertés publiques à raison de son objet supposé de protection des droits et libertés de la personne fichée. Ainsi, pour le professeur Chevallier-Govers, cette loi constitue en elle-même une liberté publique d'un point de vue strictement normatif, sans que l'identité de cette liberté ne soit établie<sup>915</sup>. Ce type de constat se retrouve tel quel dans l'étude du Conseil d'État relative à la codification du domaine de la communication<sup>916</sup>. Au contentieux, pour le conseiller d'État Jean-Denis Combrexelle, dans ses

913 Conseil d'État, *Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, La Documentation française*, 2006, p. 104: « Droit de la « non-communication », le droit de la protection des données personnelles est à certains égards indissociable du droit de la communication ».

914 MAISL Herbert, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit public », *JCP*, 1983, I, 3101, §35.

915 CHEVALLIER-GOVERS Constance, *op. cit.*, pp. 77-97.

916 Conseil d'État, *Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, La Documentation française*, 2006, p. 105: « Le Conseil d'État, toutefois, ne se prononce pas en faveur de la codification du droit de la

conclusions sous l'arrêt CE, 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône Alpes Lyon*, la seule liberté publique en cause dans cette loi est celle protégeant les individus à l'encontre des traitements de données personnelles<sup>917</sup>. Enfin, pour le professeur Herbert Maisl, « la loi de 1978 est une loi de liberté publique qui fixe une finalité au développement de l'informatique »<sup>918</sup>. Cet auteur considère en effet que « le droit public a été utilisé pour aménager *un régime original de libertés publiques* comme parade aux menaces que l'informatique pourrait faire peser sur la vie privée »<sup>919</sup>. Plus proche de nous, le professeur Judith Rochfeld n'adopte pas une attitude très différente, en estimant, sans pour autant préciser de quelle liberté il s'agit, que le texte de la loi du 6 janvier 1978 a été « pensé et voté en réaction à un projet des pouvoirs publics et pour protéger les personnes ; mais il le fut comme un texte de défense des citoyens dans l'une de leurs libertés publiques »<sup>920</sup>.

Or, une telle réponse à la question initialement posée est ne peut être admise car le droit au respect de la vie privée n'est pas consacré en droit français comme une liberté publique mais comme un droit subjectif. Malgré cela, une telle conception a pu être affirmée en doctrine.

## §2 – Une liberté non nommée

Il a été démontré *supra*, en introduction générale, qu'une police administrative spéciale n'est jamais que l'envers d'une liberté publique et que ces deux aspects sont indissociables l'un de l'autre. Malgré cela, le caractère « innommable » de certaines libertés publiques justifie que certaines polices administratives spéciales, bien que réglementant une liberté en bonne et due forme, ne comportent en leur sein aucune mention de cet objet. Ce caractère littéralement « innommable » tient à l'image polémique de certaines libertés au regard d'une conception passée et idéologique des droits de l'homme. Dans une telle conception, la liberté de traitement des données personnelles apparaît à cet égard aussi controversée que le « droit de détruire », objet des polices spéciales de l'environnement<sup>921</sup> ou, à un moindre égard, que la liberté de détention et d'utilisation d'une arme à feu<sup>922</sup> ou de production d'organismes OGM<sup>923</sup>. A cet égard, les arguments du commissaire du gouvernement Combexelle sous l'affaire *CERAL* ne constituent que la partie émergée de l'iceberg d'une conception très classique des droits de l'homme, qui empêche *a priori* de concevoir la liberté de traitement des données personnelles comme une liberté publique à part entière.

protection des données personnelles qui, si elle aurait le mérite de rassembler des dispositions très dispersées, aurait pour effet de réduire l'ambition de ce droit, qui est avant tout celui d'une liberté publique, et de nier son caractère éminemment transversal ».

917 Voir *infra*.

918 MAISL Herbert, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit public », *JCP*, 1983, I, 3101, § 35. MAISL Herbert, « État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *RIDC*, 3-1987, p. 560.

919 MAISL Herbert, État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles, *RIDC*, 3-1987, p. 560.

920 ROCHFELD Judith, « Une source nouvelle en droit des contrats : la loi informatique et libertés », note sous Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17037, PB, *Revue des Contrats*, mars 2014, p. 121.

921 RÉMOND-GOUILLOUD Martine, *Du droit de détruire : essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989.

922 Code de la sécurité intérieure, partie législative, livre III.

923 Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, Journal officiel des Communautés européennes L 106/1 du 17.4.2001.

L'intérêt d'un tel éclaircissement de la question a été révélé par les conclusions contraires du Commissaire du gouvernement Jean-Denis Combrexelle sous l'arrêt CE, 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône Alpes Lyon*. Dans cette affaire, la question essentielle était de savoir si la CNIL pouvait refuser de délivrer un récépissé à une personne privée au motif que le traitement faisant l'objet de la déclaration ne lui paraissait pas conforme aux dispositions de la loi ou si, à l'inverse, la Commission se trouvait en situation de compétence liée. L'examen du droit positif ne laissait *a priori* planer aucun doute sur la question, en imposant à la CNIL de délivrer le récépissé sans délai dès réception de la déclaration par son auteur d'un traitement de données personnelles<sup>924</sup>. Malgré cela, la formulation du règlement intérieur de la CNIL laissait ouverte une brèche que la Commission a ponctuellement exploitée pour transformer ce régime déclaratif en un régime innommé d'autorisation préalable<sup>925</sup>. Au vu de ces éléments, le commissaire du gouvernement concluait dans un premier temps à la censure d'une telle pratique. Mais dans un second temps, il a accepté de valider l'interprétation de la CNIL en reprenant une conception assez classique mais idéologique des libertés publiques, au motif que cette liberté est innommée, majoritairement exercée par des personnes morales et de « second rang » (B). Sans le mentionner explicitement, il repose son argumentation sur une conception angélique des libertés qui refuse de concevoir qu'elles constituent en droit tout autant une faculté d'action qu'un pouvoir licite de nuire (A). Or, au regard du droit commun des libertés publiques, l'argumentation qu'il développe au renfort de son raisonnement est contestable. L'intérêt de la présentation de cet argumentaire est qu'il résume ceux généralement utilisés en doctrine pour réduire le droit des données personnelles au droit de la protection des données personnelles, quand ce n'est pas à la protection de la vie privée.

924 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dans sa version d'origine, article 16, alinéa 3: « Dès qu'il a reçu le récépissé délivré dans délai par la commission, le demandeur peut mettre en œuvre le traitement. Il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités ». Son décret d'application en date du 17 juillet 1978 dispose dans son article 22 que: « Lorsque la déclaration satisfait aux prescriptions du deuxième alinéa de l'article 16 ainsi qu'à l'article 19 de la loi, la Commission ou, en cas de délégation, le président [...] délivre sans délai le récépissé ». Du reste, une telle compétence liée constitue le droit commun du régime déclaratif, tel que le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 16 juillet 1971 à propos du régime de liberté d'association, pour un cas similaire de dévoiement de la procédure de déclaration en procédure d'autorisation: Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association. Voir également sur le sujet MARTIN Pierre-Marie, « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », *AJDA*, octobre 1975, pp. 436-447.

925 Les dispositions du règlement intérieur en cause sont évoquées dans les conclusions du commissaire du gouvernement dans COMBREXELLE Jean-Denis, Les limites du contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés dans le régime de la déclaration, conclusions sur CE, 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône Alpes Lyon*, *RFDA*, 1997, p. 554: « Le règlement intérieur de la Commission dispose en ses articles 31 et 32 que « Les services de la Commission examinent la régularité des dossiers. Tout dossier incomplet fait l'objet d'une lettre adressée au déclarant indiquant les documents ou les renseignements à fournir pour la validation du dossier et précisant que le récépissé sera délivré dès réception des documents ou renseignements demandés... Le récépissé est délivré à l'issue de la procédure de validation du dossier ». Le terme de « validation » contenu dans ce règlement est dénué de toute signification juridique précise et entretient l'ambiguïté sur le point essentiel des pouvoirs de la Commission dans le cadre du régime déclaratif ».

## *A/ La liberté de traitement des données personnelles, pouvoir et liberté*

Dans l'affaire *CERAL*, le commissaire du gouvernement estimait que la circonstance qu'une liberté publique était en cause constituait un élément à prendre en compte pour justifier la dérive de la CNIL qui, de son propre chef, avait fait évoluer le régime déclaratif de la loi du 6 janvier 1978 en un régime s'apparentant dans les faits à celui de l'autorisation préalable. En effet, il considérait alors qu'« en matière de traitement automatisé, la liberté publique est essentiellement celle des personnes visées par ce traitement. Tel est précisément l'objet de la loi, défini en son premier article, que de faire en sorte que l'informatique ne porte atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme ni à la vie privée ni aux libertés individuelles ou publiques »<sup>926</sup>. Pointant la différence de régime entre le droit des données personnelles et le droit des associations en matière déclarative, il en tirait la conclusion qu'« autrement dit, par rapport au droit des associations, la liberté publique a en quelque sorte changé de côté. La délivrance automatique du récépissé ne protège plus la liberté constitutionnelle dont le régime est défini par la loi mais peut, au contraire, permettre la mise en œuvre d'un traitement automatisé portant atteinte à cette liberté »<sup>927</sup>.

Une telle prise de position revenait à laisser de côté la question du titulaire et du destinataire des droits et obligations contenus dans cette loi. Or, à l'égard de la liberté de traiter des données personnelles, la personne fichée apparaît comme le destinataire et non le titulaire de cette faculté. Si elle constitue une liberté au profit de l'auteur d'un traitement de données, elle constitue un pouvoir s'exerçant à l'encontre de la personne dont les données sont traitées. Dans cette mesure, la focalisation de la majeure partie des études relatives au droit des données personnelles sur la personne fichée a abouti implicitement à concevoir la faculté de l'auteur d'un traitement comme un pouvoir et non comme une liberté. Une telle situation n'est d'ailleurs pas sans rappeler le sort jurisprudentiel et doctrinal de la liberté d'entreprendre en droit social, perçu essentiellement comme un pouvoir alors qu'elle constitue également et de manière première une liberté<sup>928</sup>. Cette focalisation sur le pouvoir de traiter des données personnelles et non sur la liberté de procéder à un tel traitement constitue ainsi une cause majeure empêchant l'identification comme telle de cette liberté.

Cette focalisation se traduit d'abord par l'emploi assez naturel des termes de pouvoir pour décrire la mise en œuvre des prérogatives du titulaire de la liberté de traitement des données personnelles<sup>929</sup>. Elle est issue d'une considération de l'informatique en général et du traitement des données personnelles en particulier comme d'une technique affermissant le pouvoir des autorités préexistantes<sup>930</sup>. Si le titulaire de cette liberté détient ainsi un pouvoir et *a fortiori* s'il est

926 COMBEXELLE Jean-Denis, *op. cit.*, p. 555.

927 COMBEXELLE Jean-Denis, *op. cit.*, p. 555.

928 Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 1.

929 Voir par exemple BRAIBANT Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, le commentaire de l'auteur sous l'article 8 consacrant un droit à la protection des données personnelles, p. 112 : « Avec la bioéthique, l'informatique est l'un des domaines importants des évolutions scientifiques et techniques du XX<sup>ème</sup> siècle qui affectent la liste des droits fondamentaux. Il s'agit des moyens prodigieux qu'elle donne aux organisations -telles que les administrations ou les entreprises – d'accumuler et de combiner des informations sur les citoyens, les consommateurs, les travailleurs. Si ce pouvoir n'est pas encadré, contrôlé, équilibré, il risque de produire des atteintes graves à la vie privée ».

930 RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 602: « Loin d'avoir bouleversé les structures de la société, la diffusion du traitement automatisé des données à caractère

de nature publique, les thématiques constitutionnelles de l'encadrement du pouvoir seront mobilisées pour justifier ou fonder la loi du 6 janvier 1978<sup>931</sup>. Dans cette optique, la CNIL est alors conçue comme un contre-pouvoir chargé exclusivement de la défense des droits et libertés fondamentales de la personne fichée<sup>932</sup>, alors qu'en réalité elle concilie les intérêts de ces personnes avec ceux des auteurs de traitement de données personnelles.

Pour autant, cette focalisation est excessive car les notions de pouvoir et de liberté ne sont pas antagonistes mais, en l'espèce, complémentaires. Le droit des données encadre la liberté de leur traitement non seulement du point de vue de leur titulaire mais également du point de vue de leur destinataire. En effet, cette liberté est par nature relationnelle en ce qu'elle implique nécessairement pour l'auteur d'un traitement une relation avec la personne dont les données sont traitées.

Un tel aspect des libertés publiques n'est pas méconnu en doctrine, mais il a pu n'être traité que partiellement<sup>933</sup>. Ainsi, dans sa thèse sur la notion de liberté publique en droit français, le professeur Braud évoque certes clairement « la dimension sociale des conduites individuelles »<sup>934</sup>. Pour cet auteur, la question de l'autonomie individuelle est ainsi inséparable du milieu dans lequel est situé le titulaire d'une liberté publique<sup>935</sup>. Mais l'auteur n'envisage que des aspects relationnels positifs<sup>936</sup>. Or, il en existe des aspects négatifs, qui transforment alors la liberté pour son titulaire,

personnel s'est bornée à renforcer le pouvoir de ceux qui l'exerçaient auparavant et à consolider les relations inégalitaires préexistantes ».

931 MAISL Herbert, « Informatique et libertés publiques », in *Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983, p. 114: « L'une des principales caractéristiques de l'informatique est de se situer au cœur même des relations de pouvoir: pouvoirs du détenteur de traitements automatisés d'informations nominatives sur les individus fichés ; également, au plan du système politique et social, pouvoirs de certains groupes qui se sont dotés d'importants moyens informatiques, notamment de banques de données par rapport à d'autres qui en sont démunis ; insensiblement, des équilibres de pouvoirs se modifient...Or l'idée de limitation du pouvoir est l'une des sources d'inspiration principale du droit public. Il était donc logique de recourir à des techniques de droit public pour maîtriser ces phénomènes de pouvoir, engendrés par l'informatique. Et l'appel au droit public semble prendre successivement deux formes: c'est d'abord l'aménagement d'un régime de libertés publiques comme parade aux éventuelles menaces de l'informatique sur la vie privée ; c'est également une réflexion d'ordre constitutionnel sur les nouveaux équilibres de pouvoirs dans une société informatisée ». Cette vision des choses est reprise de manière similaire dans DE LAMBERTERIE Isabelle et HUET Jérôme (dir.), *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, Rapport au Conseil de la Recherche du Ministère de la Justice, Paris, LGDJ, 1987, p. 36.

932 LUCAS André, *Le droit de l'informatique*, op. cit., p. 176: « La CNIL, qui a été conçue comme « l'organe de la conscience sociale face à l'emploi de l'informatique », et qui s'affirme elle-même comme le « mandataire légal des citoyens dans la défense de leurs libertés individuelles et publiques, et des droits qui en découlent », devait donc se voir assigner cet objectif ambitieux » ; RIGAUX François, op. cit., p. 603: « Le traitement automatisé de données personnelles n'est qu'un aspect du combat de l'individu contre le pouvoir ».

933 Pour un rare exemple d'emploi de l'expression, voir PAUVERT Bertrand et LATOUR Xavier, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, 3<sup>ème</sup> édition, Studyrama, 2011, p. 17, pp. 228 et ss.

934 BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, 1968, p. 162.

935 BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, 1968, p. 156 : « L'autonomie individuelle est ainsi susceptible de présenter plusieurs visages. Une grande partie des actes de l'homme engage notamment ses relations avec les tiers puisqu'il est situé socialement. La conduite individuelle prend ainsi, fréquemment, l'aspect d'un échange comme il apparaît, par exemple, dans des relations du commerce ou (...) entre orateur et auditeurs dans une réunion, journalistes et lecteurs par le truchement du quotidien. La conduite protégée des atteintes de l'État présente donc deux aspects, l'un purement individuel et l'autre relationnel ».

936 BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, 1968, p. 163: « Les libertés-échange appartiennent le plus souvent à la catégorie des libertés de la pensée

dans sa dimension relationnelle, en pouvoir de nuire à autrui du point de vue de son destinataire: telle est le cas de la liberté d'expression, qui implique une faculté de nuire publiquement par l'exercice de la critique ou de la satire<sup>937</sup>.

Par ailleurs, un point à notre connaissance non explicité en tant que tel en doctrine<sup>938</sup> est que cette dimension relationnelle des libertés publiques s'analyse comme un pouvoir. La rareté des études à ce sujet constitue à notre sens une difficulté supplémentaire pour identifier la véritable liberté publique consacrée par le droit des données personnelles.

Une mise au point paraît à ce stade nécessaire car un tel aspect relationnel est omniprésent en ce qui concerne le présent sujet : la liberté de traiter des données personnelles permet à son titulaire d'exercer une prérogative s'imposant à autrui. Tel est également le cas lorsque la liberté d'expression est employée par son titulaire pour divulguer des éléments de la vie privée d'autrui: dans ce cas, il y a là aussi liberté du point de vue du titulaire et pouvoir du point de vue du destinataire. Tel est également le cas, par essence, pour la libre concurrence: liberté pour son titulaire, elle s'analyse comme un pouvoir de nuire à ses concurrents qui peut aller jusqu'à les pousser à la cessation d'activité.

Ce prolongement relationnel de la notion de liberté publique par celle de pouvoir se trouve d'ailleurs implicitement consacré par l'article 4 de la DDHC. En effet, si « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », alors on peut considérer qu'elle perd cette appellation dès lors que son exercice aboutit à créer une nuisance<sup>939</sup> dans le chef d'une personne tierce. Pour autant, toute nuisance n'est pas en soi condamnable à raison de sa nature, de sa gravité et de la mise en perspective de l'intérêt procuré par l'exercice de la liberté. Dès lors que cette nuisance est considérée comme tolérable en droit dans la mesure où elle est la contrepartie nécessaire et proportionnée de la défense d'un intérêt supérieur, cette liberté dont l'exercice nuit à autrui devient un pouvoir.

Cette prérogative trouve son fondement et sa limite dans l'intérêt général qui s'attache à l'exercice de la liberté publique considérée. En reprenant la distinction établie dans la doctrine privatiste entre les « droits pouvoirs »/ «droits égoïstes »/ « droits intérêts » et les « droits

mais comprennent également la liberté du commerce et de l'industrie. Elles se caractérisent à un double point de vue. Elles sont à la fois liberté de celui qui donne et liberté de celui qui reçoit (...). Qui plus est, l'échange lui-même est indissociable de la conduite protégée puisque celle-ci n'a de signification qu'orientée vers la réalisation de la relation interpersonnelle ».

937 SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011, pp. 581-582 : la liberté d'expression y est considérée comme « droit hors du commun : à la fois droit en soi et droit indispensable ou préjudiciable à la réalisation d'autres droits (ainsi, la liberté d'expression et d'information et nécessaire à la liberté de réunion mais constitue une menace au droit au respect de la vie privée) ». Voir également STARCK Boris, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTDCiv.*, 1958, p. 505 : « Le droit d'exercer un commerce, dans un régime de libre concurrence, s'analyse en un pouvoir donné à tout commerçant d'attirer à lui (par des procédés loyaux) la clientèle d'autrui. On ne pourrait concevoir une indemnisation des victimes de ce genre de dommages sans supprimer la libre concurrence elle-même. La liberté de critique implique nécessairement le droit d'émettre des appréciations défavorables sur une œuvre littéraire ou artistique. Ces appréciations peuvent nuire gravement aux intérêts de l'écrivain, de l'artiste ou de ceux qui exploitent commercialement leurs œuvres. (...) On pourrait multiplier les exemples. Ils conduisent tous à cette même conclusion : *Tout droit subjectif, toute liberté individuelle, confère à celui qui l'exerce une certaine faculté de nuire impunément* »

938 Ce qui ne veut pas dire qu'il n'est pas évoqué, mais cela est rare et toutes les conséquences de cette affirmation ne sont pas explicitées. Voir par exemple BIOY Xavier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 108 : « La liberté est un pouvoir, autorisé par les règles objectives ».

939 Sur cette notion, voir les développements infra, chapitre 2, et CABALLERO François, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome CLXIX, Bibliothèque de droit public, Tome CXL, 1981.

fonctions »<sup>940</sup>, il est alors possible de considérer que la liberté de mettre en œuvre un traitement de données personnelles constitue une faculté subordonnée à une finalité légitime. Il ne constitue qu'un moyen, une fonction qui ne peut trouver en elle-même sa propre justification<sup>941</sup>. La faculté de pouvoir nuire dans une certaine mesure à son destinataire, la personne fichée en l'espèce, n'est justifiée et limitée que par la poursuite d'une finalité légitime<sup>942</sup>. Ainsi, la liberté publique de traiter des données personnelles ne constitue qu'une liberté de moyen: elle est donc forcément finalisée, asservie aux intérêts qui l'impliquent comme la liberté d'administration ou la libre circulation de l'information<sup>943</sup>, ou la liberté contractuelle<sup>944</sup>. Cette liberté de traiter des données personnelles ne peut donc licitement nuire à autrui qu'à raison de l'intérêt général attaché à l'exercice le plus large possible de ces deux intérêts, objets du titre premier.

Le caractère finalisé de ce type de liberté, qui fonde et limite son prolongement en un pouvoir, est révélé par la possibilité de la soumettre à la théorie de l'abus de droit<sup>945</sup>. Un tel constat ne va pas forcément de soi, dans la mesure où pour certains auteurs privatistes, il est possible d'abuser d'un droit mais pas d'une liberté<sup>946</sup>. La raison en serait, fondamentalement, le peu de prise qu'aurait le droit sur l'exercice du principe général de liberté, sur la liberté civile, par rapport à un droit subjectif<sup>947</sup>. Pour le dire autrement, alors qu'un droit subjectif est nécessairement finalisé, le principe général de liberté, énoncé notamment à l'article 4 de la DDHC, ne comporte pas une telle finalité.

940 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 45 et ss.

941 Ce qui du reste est conforme à l'idée de pouvoir. GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 9: « En droit positif, le terme de pouvoir appelle l'idée de fonction au moins aussi fortement que son utilisation doctrinale évoque celle de droit subjectif ».

942 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 21: « Alors que le droit subjectif se définit comme la prérogative reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »; p. 140: « on entend simplement signifier, en indiquant que le titulaire du pouvoir est investi du droit d'édicter une norme, que la décision qu'il sera susceptible de prendre aura une valeur contraignante pour son « destinataire ». En d'autres termes, le pouvoir permet à son titulaire de modifier l'ordonnement juridique, d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui ».

943 Voir *supra*, titre 1.

944 Voir *infra*, chapitre 2, section 1.

945 Ainsi, le contrôle préalable opéré par la CNIL est un contrôle préventif de l'abus de liberté de traitement des données personnelles : voir *infra*, Chapitre 2.

946 Pour un tel exemple, contemporain, voir STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent, *op. cit.*, n° 962: « L'intérêt pratique de la distinction entre droit subjectif et liberté se manifeste à l'occasion de la théorie de l'abus des droits. Lorsqu'il s'agit de droits subjectifs, il peut arriver que leur titulaire les détourne de leur finalité et en use avec malveillance dans un comportement antisocial ; il se rend coupable d'abus et s'expose à des dommages-intérêts. Cette théorie de l'abus des droits n'est pas transposable au domaine des libertés: si l'usage de la liberté n'était pas discrétionnaire, ce serait la négation même de la liberté ». Pour une vue d'ensemble, voir DROIN Nathalie, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, LGDJ, Fondation Varenne, Collection des thèses, n° 35, 2010, p. 53 : « A l'origine, de nombreux auteurs réservaient l'utilisation de la théorie à l'égard des droits subjectifs. C'est notamment le cas des Professeurs Ripert et Rouast pour qui l'abus de droit se distingue de l'acte illégal car il ne concerne que les « droits définis », ce qui a pour conséquence de rendre impossible l'abus de droit du principe général de liberté. Selon eux, lorsqu'il est abusé d'une liberté, on applique purement et simplement la responsabilité civile ».

947 KARILA DE VAN Juliana, « Le droit de nuire », *RTDCiv.*, juillet-septembre 1995, p. 534 : « le droit subjectif est garanti par la loi qui oblige à son respect par autrui tandis que dans le cadre de la liberté on se trouve dans un rapport de force dont n'aurait pas à connaître le juge » ; voir également p. 535 : la liberté est une « prérogative floue » dont les frontières sont mal définies, et dès lors imprécises, alors que le droit subjectif est « une prérogative à laquelle son bénéficiaire peut prétendre, pour laquelle son titulaire a droit à la protection, ce qui signifie que toutes les fois où il existe un droit subjectif et non une simple liberté, il existe également une action en justice qui vient le garantir ».

Outre que l'on peut concevoir une finalité sociale au libéralisme politique, ce qui justifie l'efficacité économique supposée du libéralisme économique<sup>948</sup>, il n'est pas possible de souscrire à une telle opinion concernant plus spécifiquement les libertés publiques. Du reste, c'est le constat auquel aboutit le professeur Marie-Thérèse Calais-Auloy, avec une terminologie qui ne doit pas tromper, qui distingue dans une contribution entre la « liberté ordinaire » et les « libertés privilégiées » : « on est plutôt amené à définir la liberté ordinaire qui constitue la trame habituelle de notre vie (tout ce qui n'est pas interdit est permis) et à voir quelles sont ses limites. Ce sont d'une part l'infraction pénale, d'autre part l'interdiction civile de nuire à autrui. Ceci étant, on est obligé de constater que certaines libertés autorisent l'acte dommageable. On est donc en présence de libertés privilégiées qui permettent d'outrepasser, dans une certaine mesure, la frontière normale. Il s'agit de sortes d'enclaves de non-responsabilité dans un domaine où, l'acte dommageable étant prouvé, la responsabilité devrait être la règle »<sup>949</sup>. Sans employer le terme de liberté publique, cet auteur, privatiste, met au jour leur caractère éminemment polémique et finalisé qui, seul, a justifié que la loi procède explicitement à leur consécration et leur aménagement. Elle considère ainsi que « ces différentes libertés (libre concurrence, liberté d'expression, droit de grève, etc...) sont des libertés octroyées dans un certain but et que ce but ne peut être atteint que si aucun obstacle n'existe à l'exercice de cette liberté. D'où la nécessité d'écarter les règles de la responsabilité civile. En somme la liberté ordinaire existerait sans autre but qu'elle-même. En vérité la liberté n'a pas besoin d'une justification. Ou plutôt elle n'a pas d'autre justification que la vie elle-même qui ne se déploie bien que dans un espace de liberté. Elle doit donc se répandre le plus possible. La seule limite qu'elle connaisse est le respect de la liberté et des intérêts d'autrui. D'où l'interdiction de nuire. En revanche lorsqu'il s'agit de passer outre cette limite, d'autoriser la nuisance et l'empiètement sur les intérêts d'autrui, cela ne peut être que dans un but bien précis, quelque soit ce but, à condition bien sûr qu'il soit légitime et que la liberté en question soit tenue dans d'étroites limites. Les libertés privilégiées se reconnaissent au fait qu'elles poursuivent un but »<sup>950</sup>. Dans ces conditions, « les libertés privilégiées sont le terrain par excellence où se pose la question d'abus du droit »<sup>951</sup>.

Du reste, cette conception n'est ni rare, ni forcément nouvelle en droit privé. Ainsi, certains auteurs considèrent certes que « Le principe qui régit une société civilisée, c'est que personne n'a le droit de nuire à autrui »<sup>952</sup>. Mais en dépit de ce principe existent des « faits justificatifs » à de tels actes, qui constituent de véritables « droits de nuire à autrui »<sup>953</sup>. Le professeur Savatier les définit ainsi : « par cette expression simple, nous désignerons toutes les exceptions au devoir général de ne pas nuire à autrui, le dommage causé pouvant alors se justifier par l'exercice d'un droit. Il faut, pour cela, que le droit soit tel que l'exercice ne puisse s'en séparer d'un dommage causé à autrui. (...). Nous dirons qu'il existe alors un droit *légal* de nuire à autrui »<sup>954</sup>.

Une nuisance<sup>955</sup> légitime constitue alors « une catégorie de dommages contre lesquels les hommes ne sont pas protégés, pour la raison très simple qu'ils constituent la suite *nécessaire* et *naturelle* de l'exercice d'un droit subjectif ou d'une liberté individuelle. Dans tous ces cas, c'est la

948 Voir *supra*, notamment en introduction générale.

949 CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, « De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus du droit. La notion de liberté privilégiée », *LPA*, 13 décembre 1991, n° 149, p. 13.

950 CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 13.

951 CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 15.

952 SAVATIER René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Tome 1, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1951, p. 47.

953 SAVATIER René, *op. cit.*, p. 48. Voir également KARILA DE VAN Juliana, *op. cit.*, pp. 533-558.

954 SAVATIER René, *op. cit.*, p. 48.

955 Pour une analyse plus spécifique de la notion de nuisance, voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 1.

loi elle-même qui confère au titulaire du droit ou de la liberté un véritable pouvoir légitime de nuire à autrui »<sup>956</sup>. Pour le dire autrement, il existerait un « droit de nuire inhérent à certaines activités jugées utiles à la collectivité »<sup>957</sup>. Mais cette catégorie de dommage est limitée au domaine du droit ou de la liberté publique en cause : « Chacun des droits de causer un préjudice (...) n'existe qu'à l'intérieur d'un certain cercle, en dehors duquel l'activité dommageable redevient fautive »<sup>958</sup>. L'intérêt général attaché à l'exercice de cette liberté fonde et limite la licéité des dommages que son exercice provoque dans le chef d'autrui.

Cette description des effets de l'exercice de la liberté de traitement des données personnelles comme un pouvoir pour son destinataire explique certaines dispositions au sein des instruments normatifs en la matière.

Ainsi, d'une part, la formulation actuelle de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 reprend celle adoptée par la directive 95/46 du 24 octobre 1995 décrit l'exercice de la liberté de traitement comme un pouvoir. Son article 6 énonce un principe de finalité, au terme duquel un traitement n'est licite que si sa mise en œuvre est nécessaire et proportionnée à une finalité légitime<sup>959</sup>. Or, « En droit positif, la manifestation la plus immédiate de la notion de pouvoir réside dans le contrôle judiciaire de son détournement »<sup>960</sup>. Son contrôle n'est pas judiciaire en l'espèce mais les outils et la méthodologie utilisés sont les mêmes.

D'autre part, s'expliquent ainsi certaines modalités du contrôle par la CNIL, ses équivalents internationaux ou par le juge du pouvoir de traiter des données personnelles. En effet, l'emploi de la notion de détournement de pouvoir n'est pas limité à son appréhension publiciste classique mais présente des similarités avec certains emplois de la notion en droit privé<sup>961</sup>. Un tel détournement du pouvoir de traiter des données personnelles se trouve ainsi nommément sanctionné à l'article 226-21 du code pénal<sup>962</sup>. Il implique un contrôle par une des autorités énumérées de la nécessité et de la proportionnalité du traitement de données personnelles considéré à l'aune de la finalité qui lui est assignée. A cet égard, l'article 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 confirme l'absence d'antinomie entre les notions de pouvoir et de liberté. Cet article recense précisément les finalités légitimant le recours à un traitement de données personnelles. Leur extrême latitude brosse en négatif un espace de liberté particulièrement étendu pour les

956 STARCK Boris, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTDCiv.*, 1958, p. 505.

957 KARILA DE VAN Juliana, *op. cit.*, p. 537. L'auteur définit le « domaine de ce droit de nuire » comme étant celui « où l'un exerce une activité, l'autre subit cette activité, et doit subir. La faculté de nuire est nécessaire à cette activité. Elle est en quelque sorte « partie prenante » dans l'exercice de cette activité. Le dommage n'est pas alors une conséquence de l'activité, il constitue l'activité même. Le profit de l'un, c'est la possibilité du dommage de l'autre » (p. 538).

958 SAVATIER René, *op. cit.*, pp. 50-51.

959 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 7.

960 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*.

961 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 54: « l'intérêt essentiel de l'élaboration d'une théorie juridique du pouvoir consiste à asseoir le principe du contrôle de l'activité ainsi qualifiée.

Le simple fait que le pouvoir se caractérise par la distinction de son titulaire et de l'intérêt dans lequel cette prérogative lui est confié en fait du contrôle de l'usage du pouvoir une nécessité rationnelle. Autant on peut concevoir que l'appréciation de son propre intérêt, faite par un individu majeur et maître de ses droits, ne puisse être remise en cause que dans des circonstances très exceptionnelles, autant il apparaît indispensable d'assurer le respect de la mission confiée au titulaire du pouvoir dans un intérêt distinct du sien ».

962 Code pénal, art. 226-21: « Le fait, par toute personne détentrice de données à caractère personnel à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative, l'acte réglementaire ou la décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés autorisant le traitement automatisé, ou par les déclarations préalables à la mise en œuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende ».

auteurs de traitements, étant donné qu'il peut s'étendre aux traitements ayant pour objet: «1° Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ; 2° La sauvegarde de la vie de la personne concernée ; 3° L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ; 4° L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ; 5° La réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée »<sup>963</sup>. Cette liberté, combinée à l'enchaînement, énoncé à l'article précédent au principe de finalité, achève de justifier la qualification de l'exercice de la liberté de traitement comme un pouvoir.

Il résulte de ce qui précède que dans l'opération de qualification comme liberté publique, la liberté de traitement des données personnelles part avec un handicap qui au fond n'est qu'apparent : il s'agit d'une liberté dont l'intérêt n'est pas forcément immédiatement perceptible pour son titulaire, mais dont le pouvoir de nuisance est nettement mis en lumière pour son destinataire. Ce déséquilibre implique sa qualification privilégiée, à l'instar de la liberté d'entreprendre, comme un pouvoir, ce qui n'est pas antinomique avec sa qualification de liberté publique. Mais ce déséquilibre de départ tend à être davantage accentué par d'autres caractéristiques qui, dans une conception datée des libertés et des droits de l'homme, aboutissent à rendre inconcevable l'idée d'une liberté de traitement des données personnelles.

### *B/ L'argumentation secondaire refusant à la liberté de traitement des données personnelles la qualification de liberté publique*

Cette argumentation est structurée de manière moins systématique que la précédente mais tend à en renforcer la portée à plusieurs égards. Résumée dans les conclusions du commissaire du gouvernement Combrexelle, cette argumentation est la suivante : il paraît *a priori* difficile, si ce n'est impossible, d'identifier la liberté de traitement des données personnelles comme une liberté publique d'abord parce qu'elle n'a pas de nom (1), ensuite parce qu'elle est majoritairement exercée par des personnes morales et non physiques (2), enfin parce qu'elle apparaît comme étant de second rang (3).

#### **1) Une liberté sans nom**

Le premier argument du commissaire du gouvernement est qu'« il n'y a pas (...) une liberté constitutionnelle de mettre en œuvre un fichier informatisé », nonobstant le constat qu'il effectue et qui est pertinent de ce que « certes, la liberté d'entreprendre est également en cause lorsque le traitement automatisé est exploité par une entreprise »<sup>964</sup>. Ces deux constats sont exacts mais dans la mesure où, comme l'a rappelé le commissaire du gouvernement Corneille, « la liberté est la règle et la restriction l'exception »<sup>965</sup>, une liberté n'a pas à être nommée ou consacrée *a priori* en droit pour pouvoir être exercée en tant que telle<sup>966</sup>, ce que rappellent deux autres membres du

963 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 7.

964 COMBREXELLE Jean-Denis, *op. cit.*, p. 555.

965 conclusions du commissaire du gouvernement Corneille sous l'arrêt CE 10 août 1917, *Sieur Baldy*, n° 59.855, Lebon p. 638.

966 RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 1: Les droits de l'homme, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1973, p. 155: « S'il s'agit d'une activité qui n'a pas été érigée en liberté par la Constitution, le silence de la loi à son égard n'a aucunement pour effet d'en paralyser l'exercice. Le principe fondamental de l'ordre libéral s'applique ici: « Tout ce qui n'est

Conseil d'État commentant l'affaire, pour qui « la liberté est le principe, même quand il s'agit de la liberté de faire des fichiers »<sup>967</sup>. « Le problème des libertés non définies »<sup>968</sup> est donc, de ce point de vue, inexistant. Du reste, la question s'est en son temps posée à propos de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, en dépit de sa consécration en droit positif<sup>969</sup>, elle n'était pas forcément nommée, expliquant certains doutes de la doctrine de l'époque à pu douter à l'égard de son existence<sup>970</sup>.

Pour surmonter cette première difficulté, il faut en revenir aux raisons pour lesquelles le législateur décide d'intervenir en la matière. Le passage de la Liberté aux libertés publiques est dû à la reconnaissance par le législateur soit de l'importance particulière de certains démembrements de cette liberté, soit par sa reconnaissance de la fragilité de son exercice à l'égard des personnes publiques ou privées. Or, ainsi que le remarquait le professeur Rivero, « on pourrait croire que cette reconnaissance permet d'en dresser aisément la liste. Il n'en est rien, car les textes n'attribuent pas expressément, aux droits qu'ils aménagent, la qualité de « libertés publiques » »<sup>971</sup>.

Pour ces deux raisons, une absence de dénomination de la liberté de traiter des données personnelles n'est pas suffisante pour lui dénier *a priori* la qualité de liberté publique.

## 2) Une liberté majoritairement exercée par des personnes morales

Son deuxième argument, plus elliptique, est qu'une telle liberté de mettre en œuvre un fichier informatisé « ne concerne pas toutes les personnes privées »<sup>972</sup>. Le commissaire du gouvernement précise ainsi que cette liberté est davantage le fait des personnes morales que celle des personnes physiques. Un tel argument surprend au regard de l'état du droit positif qui, de longue date, consacre une telle titularité<sup>973</sup>. Outre que cette liberté peut explicitement, au terme même de la loi

pas défendu par la loi ne peut être empêché ». L'intervention du législateur n'a ni pour but, ni pour effet de rendre licite un comportement dont le silence des textes aurait jusque-là condamné l'exercice, mais seulement d'individualiser, dans la masse des activités licites, une d'entre elles pour la doter d'un statut propre. On retrouve ici la distinction capitale entre les *libertés définies*, c'est à dire les comportements qui ont bénéficié de cette individualisation protectrice, normalement liée à leur importance pour l'homme et la société, et les *libertés non définies*, qui recouvrent l'ensemble des comportements non expressément interdits. Le seul effet juridique de l'absence d'intervention du législateur est de laisser au pouvoir réglementaire une entière compétence pour limiter, selon les exigences de l'ordre public, l'exercice des libertés non définies ».

967 CHAUVAUX Didier et GIRARDOT Thierry-Xavier, Commentaire sous CE Section 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon*, req. n° 159129, Chronique de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 20 février 1997, p. 160.

968 LIGNEAU Philippe, « Le procédé de la déclaration préalable », *RDP*, 1976, p. 689.

969 Sans la pompe de certains textes relatifs aux droits de l'homme et aux libertés publiques, son principe est affirmé discrètement dans la loi fiscale des 2 et 17 mars 1791, avant d'être repris dans certains textes constitutionnels comme l'article 17 de la Déclaration des Droits de 1793 et l'article 13 de la Constitution de 1848.

970 LIVET Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974, p. 127.

971 RIVERO Jean, *op. cit.*, p. 23.

972 COMBEXELLE Jean-Denis, *op. cit.*, p. 555.

973 Voir par exemple la décision CE, 5 mars 2001, *Saez*, in LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2007, p. 824 et ss, qui consacre le principe de libre administration des collectivités territoriales comme une « liberté fondamentale » au sens du référé liberté.

du 6 janvier 1978, être exercée par des personnes physiques<sup>974</sup>, le fait qu'elle soit exercée à titre principal par des personnes morales ne suffit pas à lui ôter la qualité de liberté publique. En effet, si cet argument devait être valable, d'autres libertés publiques reconnues comme la liberté d'entreprendre ou la liberté de concurrence, exercées à titre principal par des personnes morales, ne devraient pas avoir un tel statut<sup>975</sup>.

En outre une difficulté supplémentaire tend à rendre la liberté de traitement des données personnelles davantage « non nommable » : non seulement ses titulaires se trouvent très majoritairement être des personnes morales, mais encore elles sont des personnes morales de droit public. Cette difficulté se résume alors ainsi : une personne publique peut-elle être titulaire d'une liberté publique ?

Tentant de répondre à cette question, le professeur Philippe Braud, dans sa thèse, écarte par principe l'État pour ne considérer que l'hypothèse d'une titularité par les collectivités territoriales. Il justifie cette exclusion par le fait qu'« il ne peut être à la fois le débiteur et le bénéficiaire d'une même obligation ou, ce qui revient au même, être à la fois bénéficiaire et débiteur d'un droit : cela n'aurait aucun sens. Les libertés publiques s'analysent nécessairement comme des obligations étatiques, elles ne sauraient donc être constitutives de droits à son profit »<sup>976</sup>. Mais une telle analyse peut être considérée comme réductrice car l'État ne peut être considéré, sans risque de contradiction, comme totalement asservi et enchaîné dans l'ordre interne, pour être défini d'un point de vue internationaliste comme totalement libre en vertu de la théorie des « droits fondamentaux de l'État »<sup>977</sup>.

Au surplus, la complexification et la spécialisation des différentes facettes de l'action publique atténuée, *a minima*, le caractère surprenant de l'État présenté comme débiteur et bénéficiaire. En effet, il n'y a pas de contradiction entre l'État débiteur de cette liberté publique dans sa fonction de puissance publique, et l'État titulaire de cette liberté dans sa fonction de gestion publique. Dans le deuxième cas, dès lors que l'État n'agit pas différemment d'un particulier, il se trouve astreint en vertu du principe de légalité aux mêmes obligations que les personnes privées<sup>978</sup>.

974 La liberté de traiter des données personnelles peut prolonger des droits et libertés individuels classiques des personnes physiques, comme la liberté religieuse ou le droit au respect de la vie privée. Ils concernent d'une part les registres de membres tenus par les églises et les groupements à caractère religieux, philosophique ou syndical et d'autre part l'organisation de la vie privée et des affaires domestiques de la personne par le biais de traitements de données personnelles, par exemple par le biais d'agendas électroniques ou de dossiers à usages personnel. La liberté de tels usages est explicitement garantie par la loi du 6 janvier 1978 dans sa version d'origine respectivement aux articles 45 et 31. Dans sa version actuellement en vigueur aux articles, la liberté absolue de traiter ce type de données pour des fins strictement personnelles est garantie par son article 2, et la liberté pour les églises et groupements de traiter les données sensibles pertinentes relatives à leurs adeptes est garantie dans son article 8, II, 3°.

975 Les professeurs Louis Favoreu et André Roux considèrent pour leur part qu'une personne morale de droit public ne peut être titulaire d'une liberté publique, à l'inverse des libertés fondamentales : FAVOREU Louis, ROUX André, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002, p. 88.

976 BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, 1968, p. 201.

977 PILLET Antoine, « Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », *RGDIP*, 1898, n°5, pp. 66-89.

978 LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2007, p. 766 : « la légalité à laquelle est soumise l'administration n'est pas constituée exclusivement par le droit qui régit son organisation et son fonctionnement (...). Elle comporte l'ensemble des normes qui prescrivent, limitent ou interdisent certains comportements, quel que soit leur objet ».

### 3) Une liberté de second rang

Son troisième argument est tiré de ce que les travaux préparatoires révèlent que le législateur n'a pas voulu « placer cette liberté [de mettre en œuvre un fichier informatisé] sur le même plan que les libertés individuelles protégées par la loi »<sup>979</sup>. Là encore, son constat est exact mais s'avère incomplet. En effet, si les travaux parlementaires révèlent la différence de niveau entre ces deux enjeux au sein de la loi du 6 janvier 1978, une telle différence doit s'appréhender comme une différence de nature entre deux intérêts exerçant au sein de cette loi des rôles distincts et complémentaires, d'une part de but et d'autre part de limite. Cette différence ne peut s'appréhender comme une différence de degré entre une liberté de premier rang et une liberté de second rang. Or, c'est cette interprétation qui se trouve consacrée dans les conclusions de ce commissaire du gouvernement, en dépit de son caractère éminemment critiquable.

Cette distinction supposée établie par le législateur se base sur ce que les libertés économiques et collectives sont conçues par la doctrine comme des libertés de seconde zone pour deux raisons.

La première, de principe, tient à leur objet, qui n'est pas *a priori* la protection d'un attribut de la personne humaine mais la défense d'un intérêt économique et/ou institutionnel. Or, une telle absence de préoccupation directe de la personne humaine peut encore choquer une partie de la doctrine dès lors qu'elle se trouve érigée au rang de liberté publique ou de droit fondamental, justifiant ainsi une appréhension différente entre les libertés et droits « humains » et ceux ayant un contenu économique<sup>980</sup>.

La seconde, plus importante, tient à la nature de leur titulaire, qui tend majoritairement à être une personne morale plutôt qu'une personne physique. En effet, au delà des questions dogmatiques liées à la possibilité même pour les personnes morales de jouir de droits et de libertés fondamentales, cette qualité du titulaire tend à restreindre *a priori* le champ des droits et libertés fondamentales dont ils peuvent effectivement bénéficier. Ainsi, à l'exception du droit au respect de la dignité qui apparaît comme consubstantiel à la personne physique, le droit positif révèle une tendance à l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques pour la jouissance des droits fondamentaux<sup>981</sup>. Cette dualité de considération entre d'une part les droits et libertés fondamentales des personnes physiques et, d'autre part, les libertés et droits fondamentaux des personnes morales, entraîne une certaine confusion dans l'identification des manifestations de la liberté de traiter des données personnelles. En effet, cette dernière se révèle, à l'usage, être une liberté essentiellement exercée par des personnes morales.

979 COMBEXELLE Jean-Denis, *op. cit.*, p. 555.

980 Un tel constat n'est pas neuf, et a déjà été formulé de longue date par Jean RIVERO à propos de la différence notable dans la sévérité de l'encadrement de ces deux ensembles de libertés, dans sa préface de la thèse de LIVET Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974, p. 2: « Mais ce qui donne le plus à penser, c'est la constatation que l'autorisation ne joue plus, dans le domaine des droits fondamentaux – libertés de la personne physique, de la pensée et de ses modes d'expression – qu'un rôle résiduel, alors qu'elle prolifère et se multiplie dans le secteur des libertés économiques et de l'usage de la propriété. Bien plus: dans ces secteurs, l'opinion publique, prompt à s'émouvoir lorsque l'autorisation paraît menacer les libertés fondamentales – on l'a vu naguère à propos de la liberté d'association – s'inquiète au contraire du peu de rigueur qui préside à son octroi. Qu'une catastrophe survienne, et c'est l'insuffisance, non l'excès du contrôle préalable qui est mise en accusation ».

981 MATHEY Nicolas, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTDCiv*, avril/juin 2008, n° 2, pp. 214-215. Plus généralement, mais pour les seules personnes morales de droit public, voir MAETZ Olivier, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Fondation Varenne, Collection des thèses, Volume 51, 2011.

L'argumentation construite par le commissaire du gouvernement ne sera pas suivie par le Conseil d'État dans sa décision 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône Alpes Lyon*. La haute juridiction n'a pas considéré que le motif de protection des libertés et droits de l'homme justifiait en soi le dévoiement d'un régime déclaratif en un régime d'autorisation. Le régime déclaratif relatif aux traitements de données personnelles consacré dans la loi du 6 janvier 1978 obéit donc à une logique en tout point similaire à celui réglementant la liberté d'association. Cette décision révèle donc l'existence d'une liberté de principe de traitement des données personnelles, organisée et réglementée par les pouvoirs publiques. A ce stade de l'analyse, la loi du 6 janvier 1978 semble donc consacrer la liberté publique de traiter des données personnelles.

La difficulté de concevoir la liberté de traitement des données personnelles comme l'objet même de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés trouve son origine dans une focalisation excessive de la doctrine sur la protection de la personne fichée. Cette focalisation excessive aboutit à considérer cette loi comme une « loi de liberté publique » non pas parce qu'elle en fonderait une, mais parce qu'elle protégerait les droits et libertés fondamentales de la personne fichée.

Or, l'analyse de son régime ainsi que sa comparaison avec d'autres lois consacrant des libertés publiques reconnues démontre que la loi du 6 janvier 1978 fonde une liberté publique atypique par son objet: celle de traiter des données personnelles. Une fois passée la difficulté initiale liée à la focalisation sur la personne fichée, le régime de liberté publique mis en œuvre par cette loi apparaît alors comme tout à fait banal. Malgré cela, jusqu'à ce jour, la liberté de traiter des données personnelles n'a pas été explicitée comme une liberté publique en tant que telle dans l'ordre juridique français ; à la différence de l'ordre international qui la consacre comme une liberté à part entière.

## *Section 2 – Une consécration explicite mais concurrencée dans l'ordre international*

En droit international, le concept de liberté de traitement des données personnelles est connu et employé sous des formes partielles. Mais ce qui rend son emploi implicite est la préférence marquée dans les textes comme dans les écrits doctrinaux pour l'expression de « flux transfrontières ». Or, l'emploi de cette dernière expression ne permet de décrire qu'un résultat et non une action. Il conduit d'une part à faire apparaître ces flux comme un donné extérieur, à l'instar d'un phénomène naturel. Il conduit d'autre part à masquer la réalité d'un principe international de libre circulation des données personnelles.

Le recours à cette facilité de langage explique que le principe de liberté de traitement des données personnelles ne soit formulé que de manière implicite en droit international (§1). Si l'expression est également utilisée en droit de l'Union européenne, elle n'a en revanche pas découragé la consécration en droit positif de principes exprimant la nécessité de faire circuler librement les données personnelles (§2).

### **§1 - Une formulation implicite en droit international**

Dès le début des années 1980, la prise en considération possible des instruments nationaux relatifs aux données personnelles comme des barrières non tarifaires a suscité des initiatives internationales afin de dépasser le problème et d'assurer par anticipation la sécurité juridique de la libéralisation des services. Ces initiatives sont le fait de l'OCDE et du Conseil de l'Europe qui, malgré leur différence de philosophie de base, ont tous deux adopté des instruments proposant une première version similaire du principe de libre-circulation des données personnelles<sup>982</sup>. Bien avant l'adoption de la directive 95/46, ces instruments lient la sécurité juridique des flux transnationaux de données à un niveau de protection des droits fondamentaux de la personne fichée qu'ils se proposent d'homogénéiser.

Les *Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoptées le 23 septembre 1980, traduisent un consensus international sur les orientations générales concernant le recueil et la gestion d'informations de caractère personnel. Complétées peu de temps après par la *Déclaration sur les flux transfrontières de données* en 1985 et la *Déclaration relative à la protection de la vie privée sur les réseaux* en 1988, puis par une Recommandation du Conseil de l'OCDE de 2001. Elles énoncent à la charge des États membres deux obligations générales: « obligation de protection de la vie privée et des

982 Constat opéré par la doctrine de l'époque: voir à cet égard BING Jon, « The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection », *Mich. YBI Legal Stud.* , vol. 5, 1984, pp. 272 -273: « It would be expected, given the different natures of the two organizations which drafted them, that the two instruments would differ, the Convention focusing on the human rights aspects of the traditional privacy concept, and the Guidelines focusing on data protection and its impact on international trade and economic cooperation. There are, however, remarkable similarities in the orientation of the two instruments. Each clearly recognizes as a basic issue the conflict between the ideal of data protection and the ideal of free flow of informations between countries ».

libertés individuelles, et obligation d'assurer la libre circulation des données »<sup>983</sup>. En effet, l'OCDE postule que « les flux transfrontières de données de caractère personnel contribuent au développement économique et social »<sup>984</sup>. Les lignes directrices de l'OCDE visent par conséquent à faciliter la réalisation de ces flux internationaux ; la libre-circulation des données revêt donc une importance centrale dans cet instrument.

Si l'on compare les trois principes qui unissent les pays membres de l'OCDE<sup>985</sup> avec les deux obligations générales imposées aux États membres et qui sont la traduction de ces principes, on constate qu'en réalité les lignes directrices ne concilient que deux intérêts dont l'un est la protection des données personnelles et l'autre un ensemble composite, à savoir le principe de libre circulation de l'information. En effet, ce dernier est, comme évoqué plus haut, commun aux trois principes évoqués: la libre circulation de l'information est un élément nécessaire au maintien d'une « démocratie pluraliste » et au respect « des droits de la personne humaine » en tant qu'elle protège la liberté d'expression comme élément d'épanouissement de l'individu, ainsi qu' au développement de l' « économie de marché »<sup>986</sup>.

Au sein de ces instruments, l'objectif consiste à assurer *in fine* la libéralisation des échanges, impliquant la libre-circulation des données personnelles, en instrumentalisant la protection des droits fondamentaux<sup>987</sup>. Ainsi, il est notamment énoncé qu'un « pays Membre devrait s'abstenir de limiter les flux transfrontières de données de caractère personnel entre son territoire et celui d'un autre pays membre »<sup>988</sup>. Dans cette optique, les États doivent non seulement éliminer toute entrave à la libre circulation des informations mais doivent également, de manière active, favoriser cette libre circulation en garantissant que les flux transfrontières « aient lieu sans interruption et en toute sécurité »<sup>989</sup>. La liaison entre l'impératif de protection homogène des droits fondamentaux et la libre circulation de l'information s'affirme également en négatif dans les motifs reconnus comme légitimes d'interruption des flux. A cet égard, les lignes directrices admettent qu'un État puisse « restreindre les transferts de données effectués vers un autre État membre ne se conformant pas encore pour l'essentiel aux [...] Lignes directrices »<sup>990</sup>. De même, lorsqu'un État prévoit une protection spécifique pour « certaines catégories de données de caractère personnel », il peut légitimement encadrer le transfert de ces données vers des États membres n'offrant pas une protection équivalente<sup>991</sup>.

Cette première formulation du principe de libre circulation des données personnelles demeure toutefois encore assez implicite car, si les deux termes coexistent et sont employés comme des équivalents<sup>992</sup>, l'expression de flux transfrontières lui est préférée dans l'essentiel des instruments et écrits doctrinaux en la matière<sup>993</sup>.

983 Rapport Braibant, précité, p. 48.

984 Recommandation du Conseil de l'OCDE précité, §3.

985 *Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières des données de caractère personnel*, OCDE, 2001, p 7 : à savoir « la démocratie pluraliste, le respect des droits de la personne humaine et l'économie de marché ».

986 Voir *supra*, titre 1, chapitre 2.

987 Sur cette instrumentalisation, voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 2.

988 Lignes directrices, §17.

989 *Ibid.*, §16.

990 *Ibid.*, §17.

991 *Ibid.*, §17.

992 Lignes directrices régissant la question de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel du 23 septembre 1980, 1, c): « par « flux transfrontières de données de caractère personnel », on entend la circulation de données de caractère personnel à travers les frontières nationales ».

993 La notion de liberté n'est pas inconnue: ainsi, le titre de la troisième partie de ces lignes est assez explicite, étant consacré aux « Principes fondamentaux applicables au plan international: libre circulation et restrictions légitimes ». Mais l'expression de flux transfrontières lui est nettement préférée, comme l'atteste la déclaration

La Convention n° 108 du Conseil de l'Europe laisse à voir une consécration tout aussi implicite du principe de libre circulation de l'information mais plus aboutie que dans le cadre des lignes directrices de l'OCDE. En effet, si son article 1<sup>er</sup> énonce comme objet de ce texte la protection des droits fondamentaux à l'égard des traitements informatisés sur le territoire des États-parties<sup>994</sup>, le principal apport de cette convention n'est pas une meilleure protection des droits fondamentaux mais bien l'affirmation implicite d'un principe de libre-circulation des données personnelles se traduisant par l'impossibilité pour les États signataires de restreindre les flux de données transfrontières au motif de la protection des données personnelles<sup>995</sup>. Cette recherche d'une libre circulation des données personnelles ne s'inscrit pas, à la différence des lignes directrices de l'OCDE, dans le cadre d'une volonté de sécuriser la libéralisation des services, mais elle aboutit au même résultat. En effet, le Conseil de l'Europe cherche avec cet instrument à protéger le principe de libre-circulation de l'information<sup>996</sup>, dont le principe de libre-circulation des données personnelles n'est qu'un sous-produit. Cela explique dans le rapport annexé à la Convention des considérations *a priori* surprenantes car relatives à l'élimination des obstacles au commerce dans un instrument relatif aux droits fondamentaux<sup>997</sup>.

Il résulte de ce qui précède que le principe d'une liberté de traitement des données personnelles se trouve consacré, fût-ce de manière implicite, en droit international. Cette première

complémentaire de ces lignes spécialement dédiée aux transferts internationaux de données personnelles et intitulée: *Déclaration sur les flux transfrontières de données adoptée par le gouvernement des pays membres de l'OCDE* le 11 avril 1985. Son paragraphe final entérine l'adoption de cette formulation: « Considérant l'intention exprimée ci-dessus, et tentant compte des travaux effectués dans d'autres enceintes internationales, les gouvernements des pays membres:

Sont d'accord pour entreprendre des travaux ultérieurs et pour que de tels travaux se concentrent au départ sur les questions soulevées par les types de flux transfrontières de données suivants :

1. les flux de données d'accompagnement du commerce international ;
2. les services informatiques et d'information automatisée à caractère marchand ; et
3. les flux de données internes aux entreprises.

Les gouvernements des pays membres conviennent de coopérer et de se consulter pour effectuer ces importants travaux et mettre en œuvre les objectifs de cette déclaration ».

994 Convention 108, article 1: « Le but de la présente Convention est de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant (« protection des données ») ».

995 Convention 108, article 12, 2: « Une Partie ne peut pas, aux seules fins de la protection de la vie privée, interdire ou soumettre à une autorisation spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre Partie ».

996 Voir le rapport explicatif annexé à cette convention dans son point 9: « la protection des personnes perd en efficacité lorsque l'aire géographique s'élargit. On craint notamment que les utilisateurs ne soient tentés d'éviter les contrôles imposés par la protection des données en déplaçant leurs opérations, en totalité ou en partie vers des « paradis de données », c'est-à-dire dans des pays ayant des lois sur la protection des données moins strictes, voire sans lois.

Afin de pallier ce risque, certains États ont institué dans leur droit interne des contrôles spéciaux sous forme, par exemple, d'autorisations d'exportation.

Cependant de tels contrôles pourraient entraver *la libre circulation internationale des informations* qui constitue un principe d'importance fondamentale tant pour les individus que pour les peuples. Une formule devait donc être trouvée afin de garantir que la protection des données au plan international ne porte pas préjudice à ce principe ».

997 Voir le point 25 de ce même rapport explicatif: « Il est souligné également que la Convention ne doit pas être interprétée comme un moyen d'ériger des barrières non tarifaires au commerce international ou de restreindre les échanges d'informations scientifiques et culturelles ».

conception constitue le socle d'une affirmation plus explicite en droit de l'UE.

## §2 - Une formulation plus explicite en droit de l'Union européenne

En droit de l'Union européenne, la liberté de circulation des données personnelles a fait l'objet d'une consécration plus explicite mais inégale. En effet, ce droit consacre à la fois un principe de libre circulation des données personnelles dans les domaines relevant de l'ex-premier pilier de l'Union et un principe de libre disponibilité de ces mêmes données dans les domaines relevant de l'ex troisième pilier<sup>998</sup>. La différence entre ces deux aspects de la liberté de traitement est à la fois organique est fonctionnelle.

D'un point de vue organique, la notion de libre circulation de données personnelles est évoquée dès lors qu'au moins une des deux parties à la circulation d'informations est une personne privée. La notion de libre disponibilité des données n'est employée que pour les échanges d'informations survenant entre personnes publiques.

D'un point de vue fonctionnel, la liberté de traitement des données personnelles est déclinée sur la même structure que celle opérée par la jurisprudence européenne en matière de liberté de prestation de services. En effet, cette dernière se décline entre une liberté active d'action, soit de prestation de services, et une liberté passive de réception de l'offre de service. Si le principe de libre circulation des données implique ces deux facettes de manière indistincte (A), le principe de libre disponibilité, comme son nom l'indique, est bien davantage conçu comme un décloisonnement du secret plutôt que comme un instrument aménageant leur circulation proprement dite (B). Si ces deux aspects ont chacun fait l'objet d'une reconnaissance dans le droit positif, le principe de disponibilité des données personnelles n'a connu qu'une consécration historiquement très récente<sup>999</sup>.

### *A/ La consécration d'un principe de libre circulation des données personnelles*

Prolongeant la finalité historiquement première de création et approfondissement du Marché intérieur, la libre circulation des données personnelles s'est vue consacrer plus tôt et de manière approfondie en droit de l'UE. L'objectif est alors l'adoption d'un standard commun de protection de la personne fichée dans le but d'éviter les obstacles au commerce nés de la disparité des régimes nationaux relatifs aux données personnelles.

Cette inscription première du droit communautaire des données personnelles dans une optique d'approfondissement du Marché intérieur explique l'emploi d'une formulation calquée sur celle des quatre grandes libertés économiques pour désigner la faculté de traiter des données personnelles. Cet emploi permet d'explicitier et de systématiser une réalité autrement dépeinte en droit international ainsi que dans les écrits de la doctrine par l'expression de flux transfrontières de données. Du reste, les deux expressions sont employées au sein des instruments communautaires adoptés en la matière. Ainsi, la directive 95/46 est relative dans son intitulé « à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données »<sup>1000</sup>, elle n'en comporte pas moins en son sein des dispositions

998 A ce stade de l'analyse, ces deux principes ne seront que présentés dans leurs grandes lignes. Pour les analyses détaillées de l'ensemble des instruments qui les traduisent, voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 2.

999 Directive 95/46, précitée.

1000 Pour une formulation similaire, voir le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 18

relatives aux « flux transfrontaliers de données à caractère personnel »<sup>1001</sup>. L'emploi de formulations plus neutres<sup>1002</sup> voire elliptiques<sup>1003</sup> au sein des intitulés de certains textes contribue toutefois à atténuer le caractère explicite de l'affirmation d'une telle liberté.

### *B/ La consécration d'un principe de libre disponibilité des données personnelles*

Le principe de libre disponibilité des données personnelles est bâti sur le modèle de la liberté passive de prestation de services dégagée par la CJCE. Elle implique pour les États membres une obligation non pas de les faire circuler, mais de ne pas s'opposer à leur diffusion. Les données recouvertes par ce principe sont alors communicables et échangeables par principe.

Ce principe trouve son origine dans la création de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice (ELSJ). La construction de cet espace ne constitue pas un objet en soi, mais la contrepartie nécessaire de la réalisation du Marché intérieur. En effet, la création réussie d'un espace économique commun dépourvu de frontières n'a pas été sans susciter d'effets pervers<sup>1004</sup>. Un tel constat vaut essentiellement depuis l'entrée en vigueur de l'accord de Schengen, dont l'objet est d'aboutir à la libre circulation des personnes au sein de l'UE et de l'EEE en supprimant toute justification de nationalité aux frontières internes. Cette problématique européenne et contemporaine de compensation des externalités négatives dues à la suppression de contrôles aux frontières n'innove pas dans son principe<sup>1005</sup>. Les traitements de données personnelles figurent en bonne place au sein de ces mesures compensatoires. Ils prennent alors la forme de communications, d'échanges ou d'interconnexions de certains types de données personnelles détenus par certaines administrations nationales ou même celle de fichiers ou de systèmes d'information européens en tout ou partie décentralisés<sup>1006</sup>.

Dans ce contexte, la volonté européenne de créer à partir du traité d'Amsterdam un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice (ELSJ) apparaît comme la conséquence logique de l'ouverture des frontières dans un but de libéralisation des échanges en ce qu'il implique une systématisation de mise en œuvre de ces mesures compensatoires. Ainsi, bien que développé initialement en dehors du cadre strictement communautaire dans le cadre du traité de Prüm, le principe de disponibilité paraît emblématique d'une telle systématisation. Qualifié de « petite révolution juridique », son principe consiste en ce que « toute information policière (...) doit être accessible sans entrave aux

décembre 2000, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données

1001 Directive 95/46, préambule, §56: « considérant que des flux transfrontaliers de données à caractère personnel sont nécessaires au développement du commerce international ».

1002 Directive (abrogée) 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications; directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»).

1003 Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

1004 STIRLING-BELIN Florence, « Traçabilité, liberté de circulation et Union européenne », *RRJ*, 2005-1, p. 409: « le passage au marché unique, puis à l'espace de liberté, sécurité et de justice s'est accompagné d'une suppression plus ample des frontières intérieures. Une réflexion sur les contrôles qui les accompagnaient a dû être entreprise. Cependant, cette libéralisation, favorable aux échanges, a mis en évidence un certain nombre de déficits, dont un, politiquement sensible, relatif à la sécurité ».

1005 Voir *infra*, Chapitre 2, section 2.

1006 Voir *supra*, titre 1, chapitre 1.

autorités de police des divers États membres. Par ailleurs, les diverses bases de données européennes créées dans le cadre du titre IV du TCE (par ex. Eurodac, le Visa Information System) et du titre VI du TUE (par ex. le Schengen Information System, le Customs Information System) doivent également être accessibles, à certaines conditions, aux services répressifs des États membres »<sup>1007</sup>. Il n'a trouvé que récemment, à travers des instruments précités, une première consécration dans le droit positif<sup>1008</sup>.

### Conclusion du Chapitre 1 :

L'examen du droit interne aussi bien que du droit international révèle indubitablement la consécration, au sein des instruments relatifs aux données personnelles, d'une liberté de traitement. Malgré cela, son identification en tant que telle est rendue difficile pour des raisons propres respectivement à l'ordre interne et à l'ordre international.

Dans l'ordre juridique interne, le principal obstacle à une telle qualification provient d'abord d'une conception idéologique et datée de la notion même de liberté publique. Cette conception réserve l'appellation de liberté publique à certaines libertés et pas à d'autres sur un seul fondement idéologique. Cette première difficulté est alimentée directement par le caractère répandu d'une conception tronquée des enjeux du droit des données personnelles, le réduisant à la protection de la personne fichée alors qu'il a surtout pour objet la réalisation des enjeux établis *supra* au titre précédent. La conjonction de ces deux facteurs aboutit alors ordinairement à considérer la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 comme une « loi de libertés publiques » parce qu'elle protège les droits et libertés de la personne fichée, alors qu'elle constitue surtout une loi consacrant et aménageant la liberté publique de traitement des données personnelles.

Dans l'ordre international, les difficultés à une telle reconnaissance sont bien moindres : la liberté de traitement comme une liberté consacrée, mais dont la dénomination s'avère parfois concurrencée par l'expression de « flux transfrontières de données ».

Pour toutes ces raisons, la consécration d'un principe de liberté de traitement des données personnelles comme objet du droit des données personnelles ne fait pas de doute. Elle est d'ailleurs confirmée par l'existence d'un régime de police administrative spéciale chargé de son aménagement.

1007 DE KERCHOVE Gilles, « Respect des droits fondamentaux: contrainte ou condition de réalisation de l'espace pénal européen? », in CANDELA SORIANO Mercedes (dir), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006, p. 275.

1008 Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, p. 1–11, préambule, §4: « Le Conseil européen a dès lors affirmé que l'échange de ces informations devrait obéir aux conditions s'appliquant au principe de disponibilité. Selon ce principe, tout agent des services répressifs d'un État membre qui a besoin de certaines informations dans l'exercice de ses fonctions peut les obtenir d'un autre État membre, les services répressifs de l'autre État membre qui détient ces informations les mettant à sa disposition aux fins indiquées, en tenant compte des exigences des enquêtes en cours dans cet autre État ».

## Chapitre 2 – L'aménagement de la liberté de traitement des données personnelles

Le droit interne par la loi du 6 janvier 1978 et le droit international par des textes idoines s'attachent à encadrer la liberté de traitement des données personnelles dans le cadre d'une police administrative spéciale (Section 1). Le choix d'une telle qualification s'impose en lieu et place d'une qualification parfois proposée de régulation mais implique, ce faisant, de mettre à jour certains évolutions innommées du concept de police administrative spéciale (Section 2).

### *Section 1 – Un aménagement réalisé dans le cadre d'une police administrative spéciale*

La liberté de traiter des données personnelles se voit aménagée par le même régime de police administrative spéciale tant dans le cadre de son exercice dans l'ordre interne (§1) que dans l'ordre international (§2).

#### **§1 – L'aménagement de la liberté de traitement des données personnelles dans l'ordre interne**

Par définition, si l'on s'en tient à la notion unitaire telle qu'isolée en science politique et en droit public et explicitée *supra* en introduction, la police constitue un procédé disciplinaire du libéralisme. Cela signifie concrètement que son objet est de produire de la liberté avec une certaine rationalité. Cette dernière a été mise en évidence de longue date par Michel Foucault, en des termes cités en introduction mais qu'il est nécessaire de rappeler pour la clarté du propos. Cet auteur définit la discipline comme « le procédé technique unitaire par lequel la force du corps est aux moindres frais réduite comme « force politique », et maximalisée comme force utile »<sup>1009</sup>. Le mode d'emploi qu'il donne de ce procédé de « domestication » d'une population est le suivant : « le propre des disciplines, c'est qu'elles tentent de définir à l'égard des multiplicités une tactique du pouvoir qui réponde à trois critères: rendre l'exercice du pouvoir le moins coûteux possible (économiquement, par la faible dépense qu'il entraîne; politiquement, par sa discrétion, sa faible extériorisation, sa relative invisibilité, le peu de résistance qu'il suscite); faire que les effets de ce pouvoir social soient portés à leur maximum d'intensité et étendus aussi loin que possible, sans échec, ni lacune; lier enfin cette croissance « économique » du pouvoir et le rendement des appareils à l'intérieur desquels il s'exerce (que ce soient les appareils pédagogiques, militaires, industriels, médicaux), bref faire croître à la fois la docilité et l'utilité de tous les éléments du système »<sup>1010</sup>.

Il est possible de résumer ces propos comme suit : la police a pour objet l'accroissement du libéralisme, considéré comme un facteur de prospérité, et elle opère dans le cadre d'une recherche d'efficience, qui doit être distinguée de l'efficacité<sup>1011</sup>. La dynamique du procédé policier, quelle

1009 FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2007, p. 258.

1010 FOUCAULT Michel, *op. cit.*, p. 254.

1011 ECHAUDÉMAISON Claude-Danièle (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 8<sup>ème</sup> édition, Nathan,

que soit sa place dans l'échelle de policarité évoquée et définie *infra*, vise donc classiquement à obtenir un résultat effectif au moindre coût.

Il est alors possible de distinguer en droit entre une recherche d'efficacité politique – dans l'optique du libéralisme politique - et une recherche d'efficacité économique -dans l'optique du libéralisme économique-.

La première vise à obtenir l'objectif escompté avec le minimum d'atteinte à la liberté individuelle. La seconde vise, plus classiquement, à atteindre l'objectif au meilleur coût, économiquement parlant. Ces deux dynamiques sont complémentaires mais il est possible de repérer des moments où l'une a été plus recherchée l'autre dans le cadre de la traduction juridique des politiques publiques. Le développement de l'efficacité politique a commencé depuis la fin des années 1970 avec l'adoption de procédés de police civile. Il se traduit par la participation du contrôlé au contrôle. Celui de l'efficacité économique est davantage perceptible depuis le milieu des années 1990. Il se traduit par le redéploiement des procédés de contrôle dans une optique de maîtrise des dépenses publiques. Dans la pratique, les deux intérêts convergent pour l'essentiel vers une intériorisation du travail du contrôleur par le contrôlé, pour des raisons tant de recherche d'effectivité que de soutenabilité de la dépense publique.

Plus spécialement dans le cadre du droit des données personnelles, l'évolution des procédés disciplinaires dans le sens d'un effrangement et d'un amollissement de la norme a été nettement perçue par le professeur Collet comme ces « ruses » qu'affectionne d'employer l'« État post-moderne » : « Un premier abord des dispositions de la loi du 6 août 2004 donne surtout à voir les marques d'une privatisation de plusieurs de ses moyens d'action, d'une certaine altération des procédés de puissance publique, et peut-être même d'une mise en cause des modalités traditionnelles de définition et de garantie de l'intérêt général. Mais en réalité, il y a fort à parier que ces dispositions traduisent au contraire un formidable réinvestissement de l'État dans une sphère d'activité particulière. Derrière une logique prétendument libérale, on peut finalement observer un mouvement visant à assurer un meilleur contrôle administratif sur certaines activités privées, ainsi qu'une plus grande effectivités des modes de régulation sociale posés par la loi »<sup>1012</sup>. L'objet des développements subséquents est de prolonger et de systématiser cette intuition.

Cette recherche d'efficacité de l'action publique est à la base d'une tendance au redéploiement des contrôles opérés par la puissance publique. En droit des données personnelles, ce redéploiement se fait dans deux directions convergentes : l'assouplissement des contrôles classiques de police administrative existant lorsqu'il n'est pas possible de les supprimer (A) et, quand cela est possible, le recours à des procédés de substitution (B).

### *A/ La pérennité des procédés classiques de police administrative*

Le droit des données personnelles aménage la liberté de traitement de ces données. Cet aménagement prend la forme d'un contrôle préalable exercé par une autorité indépendante à l'égard de cette activité. Les formes prises et les moyens employés dans le cadre de ce contrôle révèlent un régime de police administrative spéciale libéral dès son origine, et ne cessant avec le

2009, p. 175 : : « Une action sera jugée efficace si elle atteint son but, quels que soient les moyens utilisés pour y parvenir ; elle ne sera jugée efficiente que si le résultat est obtenu avec une économie de moyens, donc sur la base d'un calcul d'optimisation visant à minimiser les coûts »

1012 COLLET Martin, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », in *Annales de la régulation*, Volume 1 (2006), LGDJ, pp. 128-129.

temps d'accorder une liberté plus grande aux auteurs de traitements de données personnelles.

En effet, l'existence d'un régime restreignant une liberté par un régime mixte de déclaration, d'autorisation ou d'interdiction ne constitue pas en soi une négation de cette liberté. Au contraire, cet aménagement apparaît comme une garantie de son effectivité. Ainsi, pour le professeur Pierre Livet, constituent des « garanties légales et réglementaires » des libertés publiques trois groupes de dispositions: l'existence d'institutions juridiques créées par le législateur en liaison directe avec la liberté publique protégée, la possibilité d'assistance matérielle et, enfin, « l'existence d'une réglementation protectrice »<sup>1013</sup>. Il paraît nécessaire d'insister sur ce point concernant la liberté de traitement de données personnelles car, précisément, l'argument du caractère restrictif de son régime a pu être avancé pour lui dénier la qualité de liberté<sup>1014</sup>.

La liberté consacrée par les instruments relatifs aux données se trouve aménagée, dans le cadre d'un régime que l'on peut qualifier de permissif: d'une part parce qu'il consacre un usage libre par principe des traitements de données personnelles et, d'autre part, parce que les restrictions qu'il apporte effectivement à l'exercice de cette liberté s'avèrent tout à fait modérées en pratique. Au surplus, un certain nombre de restrictions aux traitements de données existants sont assorties d'un tel nombre d'exceptions que l'interdiction s'en trouve vidée de son sens<sup>1015</sup>. Il est possible de distinguer dans les instruments relatifs aux données personnelles un domaine de l'usage libre par principe (1) et un domaine de l'usage exceptionnellement contraint (2).

### **1) Un aménagement limité de la liberté de traitement des données personnelles**

Il convient d'observer en premier lieu qu'un certain nombre de traitements de données personnelles sont hors champ d'application de toute réglementation. Cet espace de liberté par exclusion de toute réglementation apparaît comme aussi large que disparate. Se trouvent ainsi rangés dans un inventaire à la Prévert les traitements de données personnelles réalisés à des fins purement privées, mis en œuvre pour l'exercice d'activités purement personnelles<sup>1016</sup>, les « traitements ayant pour seul objet la tenue d'un registre qui, en vertu de dispositions législatives ou

1013 LIVET Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974, pp. 387-388. Cette réglementation protectrice comprend ainsi notamment « des régimes juridiques généraux tels que le procédé de la déclaration préalable ou de l'autorisation purement liée. Certes, l'absence de toute réglementation est encore plus respectueuse de la liberté, mais l'assurance que l'autorité administrative ne dépassera pas ce degré d'interventionnisme, constitue une garantie au profit des particuliers »

1014 Voir *supra*, COMBEXELLE Jean-Denis, conclusions sous CE, 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône Alpes Lyon, RFDA*, 1997, pp. 551-558.

1015 Voir *infra*, section 2, à propos des interdictions formulées par les instruments européens et nationaux à l'égard des flux transfrontières à destination d'États ne comportant pas un niveau adéquat de protection des données personnelles.

1016 Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JORF 7 août 2004, p. 14063), article 2: « La présente loi s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, à l'exception des traitements mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles, lorsque leur responsable remplit les conditions prévues à l'article 5 ». La version originale de ce texte dispose dans son article 45 que « Les dispositions des articles 25, 27, 29, 30, 31, 32 et 33 relatifs à la collecte, l'enregistrement et la conservation des informations nominatives sont applicables aux fichiers non automatisés ou mécanographiques autres que ceux dont l'usage relève du strict exercice du droit à la vie privée ».

réglementaires, est destiné exclusivement à l'information du public et est ouvert à la consultation de celui-ci ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime »<sup>1017</sup>, les traitements mis en œuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical pour la poursuite de ses finalités<sup>1018</sup>, les traitements pour lesquels le responsable du traitement a désigné un « correspondant à la protection des données à caractère personnel »<sup>1019</sup>. Cet espace de liberté non réglementée *a priori* des traitements de données personnelles se caractérise par l'absence totale de formalité préalable à la mise en œuvre de ces traitements.

La liberté de traitement des données personnelles donne plus souvent lieu à une réglementation qui prend la forme d'un régime purement déclaratif, qui apparaît comme à peine plus réglementé que le précédent. Ce régime concerne, depuis la transposition de la directive 95/46 en droit français par la loi du 6 août 2004, l'immense majorité des traitements de données personnelles actuellement mis en œuvre, dans le cadre de ce que l'on peut appeler un usage banal de ces traitements, comme ceux réalisés à des fins de gestion des ressources humaines, de facturation, etc. Le degré de contrainte qu'il impose à la personne désireuse d'exercer sa liberté de traitement apparaît comme singulièrement modeste<sup>1020</sup>. En effet, dans le cadre de son régime de droit commun, elle prend la forme d'une obligation d'information du titulaire de cette liberté à l'autorité de contrôle compétente, à l'instar de la CNIL en France<sup>1021</sup>, ainsi qu'à la personne fichée elle-même<sup>1022</sup>. A l'égard de la première, cela implique pour le responsable d'un traitement de données personnelles une obligation de déclaration de l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi<sup>1023</sup> ainsi que la spécification de ses caractéristiques et finalités<sup>1024</sup>. A l'égard de la seconde, cela implique la seule information sur l'existence d'un traitement concernant la personne fichée, ainsi que les droits dont cette dernière dispose en vue de procéder à leur rectification ou leur opposition. Le caractère globalement peu contraignant de ces formalités préalables aboutit à dessiner, en négatif, un domaine d'exercice très libéral de la liberté de traitement des données personnelles.

Déjà faiblement contraignant par nature, ce régime déclaratif a en outre été assoupli une première fois par le système des normes simplifiées, qui met au surplus en exergue le pouvoir réglementaire de la CNIL attribué non pas à raison de son rôle protecteur des droits et libertés de

1017 Loi n° 2004-801 préc., article 22, II, 1.

1018 Loi n° 2004-801 préc., article 22, II, 2.

1019 Loi n° 2004-801 préc., article 22, III, sauf lorsqu'un transfert de données à caractère personnel à destination d'un État non membre de la Communauté européenne est envisagé. Le CIL joue pour les traitements de données personnelles un rôle analogue aux commissaires aux comptes pour le contrôle et la certification des éléments comptables d'une entreprise.

1020 RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1980, p. 67: « Le souci de ne pas entraver le développement de l'informatique dans les entreprises privées a conduit le législateur à n'imposer, pour la création des fichiers privés, qu'une *déclaration préalable* auprès de la Commission, comportant l'engagement de se plier aux exigences de la loi ».

1021 Ainsi, l'existence d'une obligation de déclaration révèle immanquablement l'existence d'une liberté publique. MARTIN Pierre-Marie, « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », *AJDA*, octobre 1975, p. 438: « ce sont les personnes désireuses d'exercer une liberté publique qui sont chargées d'en avertir l'autorité compétente ».

1022 Le rattachement de cette obligation d'information au procédé de la déclaration préalable est explicité *infra*.

1023 Loi n° 2004-801 préc., article 23, I.

1024 Loi n° 2004-801 préc., article 30, I.

la personne fichée<sup>1025</sup>, mais comme autorité de police<sup>1026</sup>. La difficulté de concevoir la CNIL comme une autorité de police tient alors d'une part à la focalisation sur la protection de la personne fichée et à la référence à sa qualité d'AAI<sup>1027</sup>.

Ainsi, l'article 17 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version originelle<sup>1028</sup>, 24 dans sa version actuelle<sup>1029</sup>, permet à la CNIL d'établir des normes simplifiées qui consistent en des modèles d'emploi de traitements de données spécifiques à certains secteurs ou certaines professions. Ce type de procédure est réservé aux seules « catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés », tant et si bien que l'adoption par la CNIL de ces normes permet de dessiner un domaine de l'usage courant et licite des traitements de données personnelles, avec une certaine prédilection pour le domaine de l'administration aussi bien publique que privée<sup>1030</sup>.

Le régime déclaratif connaît un deuxième assouplissement, beaucoup plus radical, qui consiste en une dispense pure et simple de toute formalité déclarative. Par ce biais, pour les traitements les plus courants, la CNIL peut adopter au moyen de délibérations de nature réglementaire des dispenses de déclaration pour les traitements les plus ordinaires<sup>1031</sup>. Il existe ainsi à ce jour dix-sept dispenses exemptant pour l'essentiel des activités courantes de gestion des personnes publiques et privées<sup>1032</sup>.

Tout aussi permissif est le régime de la demande d'avis, à usage exclusif des personnes publiques. Le caractère obligatoire mais non juridiquement contraignant d'une telle demande d'avis conduit à considérer ce mécanisme comme un procédé aussi peu contraignant que le procédé déclaratif de droit commun. En effet, ce régime est particulièrement peu contraignant dans la mesure où il s'apparente en fait à un simple procédé déclaratif, ne constituant ainsi qu'une

1025 MAISL Herbert, « Informatique et libertés publiques », in *Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983, p. 116: « Sur ce point, certains ont mis en cause la constitutionnalité de la loi du 6 janvier 1978, au motif qu'il n'entre pas en principe dans les compétences du législateur d'attribuer un pouvoir réglementaire à une autorité administrative de l'État ; c'est cependant négliger que, pour définir les garanties fondamentales en matière de libertés publiques (Article 34 de la Constitution), le législateur est parfaitement habilité à accorder des compétences réglementaires à une instance de type CNIL ».

1026 GASSIN Raymond, « Attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes et droit pénal : le cas de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) », *RRJ*, 2001-5, Cahiers de méthodologie juridique, pp. 2251-2270. Voir également PORTEAU-AZOULAI Sophie, *Le pouvoir réglementaire de la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, thèse, Paris II, 1993.

1027 Loi du 6 janvier 1978, article 11: « La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante ». Pour les contributions doctrinales, voir *supra*, dans l'introduction générale.

1028 Loi du 6 janvier 1978, article 17.

1029 Loi du 6 janvier 1978 dans sa version actuellement en vigueur, art 24.

1030 MOLE Ariane, « Au-delà de la loi informatique et libertés », *DS*, juin 1992, n° 6, p. 604: « Il faut remarquer que la moitié des fichiers automatisés déclarés à la CNIL à ce jour concerne la paie ou la gestion du personnel ». Une telle importance en la matière se comprend d'autant plus que la liberté de traitement des données personnelles trouve un de ses fondements dans la liberté pour toute institution de s'administrer librement (voir *supra*, titre 1, chapitre 1).

1031 Loi du 6 janvier 1978 dans sa version actuellement en vigueur, art 24, II:

« La Commission peut définir, parmi les catégories de traitements mentionnés au I, celles qui, compte tenu de leurs finalités, de leurs destinataires ou catégories de destinataires, des données à caractère personnel traitées, de la durée de conservation de celles-ci et des catégories de personnes concernées, sont dispensées de déclaration.

Dans les mêmes conditions, la commission peut autoriser les responsables de certaines catégories de traitements à procéder à une déclaration unique selon les dispositions du II de l'article 23 ».

1032 La liste des 17 dispenses émises à ce jour se trouve sur le site de la CNIL.

entrave très faible à la liberté des personnes publiques de traiter des données personnelles<sup>1033</sup>. Dans le cadre de ce régime, la CNIL n'autorise pas le traitement mais émet un avis.

Ce régime hybride contemporain s'inspire de celui instauré par la première loi du 6 janvier 1978 mais l'a assoupli. En effet, à l'origine, l'article 15 de cette loi imposait une demande d'avis préalable à tout traitement public créé par voie réglementaire. En cas d'avis défavorable, le traitement pouvait tout de même être autorisé par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État. L'article 16 réservait ainsi aux seules personnes privées la procédure déclarative.

L'article 18 subordonnait l'utilisation du numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR) à un décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL. Il n'existait donc que deux cas dans lequel l'avis de la CNIL devait être conforme, transformant ainsi une procédure de déclaration en procédure d'autorisation<sup>1034</sup>. Dans ces deux cas seulement, la CNIL devenait « le coauteur fonctionnel mais non juridique de la décision de l'autorité réglementaire »<sup>1035</sup>.

Il résulte de ce qui précède qu'actuellement, la liberté de traiter des données personnelles n'est pas contrainte par la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Sa liberté ne peut se retrouver entravée que de manière exceptionnelle à des fins de protection des données personnelles<sup>1036</sup>.

## **2) Un régime exceptionnellement contraignant à l'égard de la liberté de traitement des données personnelles**

Ce régime est celui où, par exception, l'exercice de la liberté de traitement des données personnelles ne constitue pas le principe car l'exercice de cette liberté est subordonné à l'autorisation, l'avis conforme ou l'interdiction<sup>1037</sup>. Au regard de l'étendue de ce domaine de l'usage libre par principe des données personnelles, celui de l'usage restreint apparaît singulièrement limité. Il s'étend d'une part au régime de l'autorisation et de l'avis conforme et d'autre part à celui de l'interdiction. Tel est le cas des traitements de données personnelles présentant un risque potentiel élevé d'atteinte aux droits et libertés fondamentales des personnes fichées.

Dans le premier cas, au regard des enjeux annoncés de protection des droits et libertés fondamentales, la contrainte pour le responsable du traitement de données soumis à autorisation

1033 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, articles 25 à 27 inclus.

1034 L'article 30 permet d'autoriser les personnes morales gérant un service public à traiter des données relatives aux condamnations, infractions et mesures de sûreté après avis conforme de la CNIL. L'article 31 permettait de passer outre l'interdiction de traiter des données sensibles au motif d'un « intérêt public » et après avis conforme de la CNIL.

1035 FRAYSSINET Jean, *Informatique, fichiers et libertés*, Litec, 1992, p. 28.

1036 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2.

1037 Il convient incidemment de relever qu'entre les procédés de l'interdiction *a priori* et de l'autorisation préalable, il y a plus une différence de degré que de nature, la première posant une prohibition absolue, la seconde une prohibition tempérée d'exceptions. Voir à cet égard : LIVET Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974, p. 19 : « l'interdiction de police est une technique restrictive dans un contexte de liberté, utilisée dans les seuls cas où l'ordre public se trouve menacé. L'autorisation préalable, au contraire, est une technique permissive dans un contexte d'interdiction. (...) Cette prohibition, c'est celle qui est posée par la loi, d'une manière globale, et qui peut être levée après une vérification servant à prouver que le corps social ne court aucun danger à tolérer telle ou telle activité » ; THULLIER Béatrice, *L'autorisation. Étude de droit privé*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 252, 1996, p. 18 : « Ce qui unit les diverses autorisations, c'est la fonction qu'elles remplissent. Elles servent à écarter un empêchement, une interdiction. Elles permettent ce qui est prohibé ».

reste malgré tout modérée. Elle se caractérise ainsi par l'envoi préalable à la CNIL d'un dossier récapitulatif des spécifications et finalités du traitement envisagé<sup>1038</sup>. Depuis la loi du 6 août 2004, cette procédure d'autorisation s'applique dans les mêmes conditions aux personnes publiques et aux personnes privées<sup>1039</sup>. Cette procédure peut être simplifiée dans le cadre de la procédure d'autorisation unique. Dans cette hypothèse, le régime de l'autorisation tend à se rapprocher de celui de la déclaration. La simplification découle alors de ce que « les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent être autorisés par une décision unique de la commission ». L'auteur d'un traitement portant sur un objet et des spécifications similaires peut alors se contenter d'adresser à la CNIL un engagement de conformité du traitement à la description figurant dans cette autorisation non pas individualisée mais collective<sup>1040</sup>.

L'exigence d'un avis conforme produit les mêmes effets et a en l'espèce, à la différence de l'avis consultatif<sup>1041</sup>, le même objet qu'une autorisation de police. L'originalité provient à la fois de ce que la personne soumise à cette autorisation déguisée est une personne publique ou une personne morale de droit privé gérant un service public et que le Conseil d'État devient, ponctuellement, co-auteur de cette mesure de police administrative spéciale<sup>1042</sup>. En effet, l'avis conforme peut être considéré comme une simple règle de procédure ne conduisant pas à un changement de l'identité de l'auteur de la décision. Mais une telle conception ne permet pas de « chercher à déterminer, au delà des apparences terminologiques, le titulaire investi de la réalité du pouvoir : l'exigence de l'avis conforme n'est pas une formalité de procédure qui viserait simplement à éclairer l'auteur sur l'exercice de sa compétence, elle se traduit par un véritable partage de cette compétence. L'avis conforme n'est pas du domaine de la procédure consultative, il relève de celui de la capacité normatrice de l'auteur »<sup>1043</sup>.

Enfin, le régime de l'interdiction de traitement de données personnelles restreint la liberté de l'auteur d'un fichier dans trois cas de figure: lorsqu'il envisage de traiter des données considérées comme sensibles, lorsqu'il envisage de prendre une décision sur la seule base d'un traitement de données personnelles et lorsqu'il envisage de faire un transfert de données transfrontières vers un

1038 Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° 247 du 22 octobre 2005, p. 16769, article 16.

1039 Loi n° 2004-801 préc., article 25 I.

1040 Loi n° 2004-801 préc., article 25 II.

1041 HOSTIOU René, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXIX, 1974, p. 26 : « l'avis « *stricto sensu* » ou avis « consultatif » peut [...] être ainsi défini : c'est une formalité préalable à l'émission de certains actes unilatéraux, consistant en une consultation prévue ou non prévue, se traduisant par une proposition dépourvue de tout effet normateur que l'auteur peut ou doit solliciter, selon les hypothèses, sans qu'une telle opération traduise un partage de compétences ».

1042 En effet, la loi n° 78-17, dans sa version originelle, énonce dans son article 15, al 1 et 2 : « Hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale, ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, sont décidés par une loi ou par un acte réglementaire pris après avis motivé de la commission nationale de l'informatique et des libertés. Si l'avis de la commission est défavorable, il ne peut être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État ou, s'agissant d'une collectivité territoriale, en vertu d'une décision de son organe délibérant, approuvée par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État ». La possibilité de recourir à cette procédure de l'avis conforme se retrouve également aux articles 30 et 31 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa version d'origine.

1043 HOSTIOU René, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXIX, 1974, p. 32.

État ne disposant pas d'un niveau de protection des données suffisant. Une telle restriction de la liberté de l'auteur d'un traitement de données se justifie à raison du caractère immédiat et *a priori* non rachetable par la poursuite d'un enjeu d'intérêt général « ordinaire »<sup>1044</sup> de la violation de l'ordre public spécial des données personnelles<sup>1045</sup>.

Il résulte de ce qui précède que le droit des données personnelles constitue un banal régime de police administrative spéciale caractérisé d'une part par un encadrement *a priori* de la liberté de l'auteur d'un traitement de données et, d'autre part, par l'existence d'une autorité de police spéciale, la CNIL, disposant pour ce faire d'un pouvoir réglementaire. Même aujourd'hui, ce régime classique constitue le cœur du droit des données personnelles, bien qu'il se trouve de plus en plus complété, quand ce n'est pas remplacé, par des procédés d'inspiration postmoderne.

### *B/ Un régime de plus en plus libéral grâce à des procédés policiers de substitution*

Le régime relativement classique de police administrative spéciale de 1978 a été assoupli par la loi du 6 août 2004 transposant la directive 95/46. Ce mouvement de libéralisation du droit des données personnelles est confirmé par la proposition de règlement de janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Cette libéralisation se caractérise d'abord par un mouvement d'allègement des formalités préalables imposées aux auteurs de traitements de données.

Alors que le régime mis en place par la loi du 6 janvier 1978 comportait dans des proportions relativement équilibrées des obligations préalables d'autorisation ou de déclaration, la loi du 6 août 2004 qui transpose la directive 95/46 a, selon Alex Türk, alors président de la CNIL, conduit à une « réorientation vers un régime de déclaration des traitements plutôt que vers un régime d'autorisation »<sup>1046</sup>. Il s'agit là d'une tendance générale de recentrage de l'attention de la CNIL sur les traitements de données les plus attentatoires aux libertés, cette Commission consacrant avant la réforme du 6 août 2004 75% de son activité aux opérations de contrôle préalable<sup>1047</sup>. Cette nouvelle approche se traduit dans un premier temps par l'abandon du critère public/privé pour la mise en œuvre des traitements de données personnelles. En effet, avant la réforme du 6 août 2004, les traitements opérés par l'État ou pour son compte nécessitaient en vertu de l'article 15 de la loi du 6 janvier 1978 l'adoption d'un « acte réglementaire » pris après avis de la CNIL, alors que tous les autres traitements étaient soumis, au terme de l'article 16 de cette même loi, par principe à déclaration préalable ou simplifiée. Depuis, le principe est la soumission de tous les traitements de données personnelles, publics ou privés, à déclaration<sup>1048</sup>, à l'exception d'une liste limitativement énumérée de traitements soumis à autorisation ou à interdiction.

1044 Un enjeu d'intérêt général exceptionnel pourrait permettre de tels traitements en cas d'atteintes à des intérêts essentiels de la Nation, en cas de guerre, etc.

1045 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, respectivement articles 8, 10 et 68.

1046 TÜRK Alex, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 218, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 mars 2003, p. 31.

1047 TÜRK Alex, *op. cit.*, p. 71.

1048 Loi du 6 janvier 1978, version actuelle, article 22.

Corrélativement à cet allègement des formalités préalables, dont il sera davantage fait état *infra*, le régime des données personnelles s'est libéralisé par un développement des contrôles *a posteriori*.

Une telle libéralisation a suscité un questionnement légitime sur un éventuel « abaissement du niveau de protection »<sup>1049</sup>.

Pour limiter cette inquiétude, la directive 95/46 a, parallèlement à cette politique de libéralisation du droit des données personnelles, prévu des mesures compensatoires propres à encadrer cette liberté avec l'« objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté »<sup>1050</sup>. Ces mesures compensatoires sont de deux types. Les unes rendent compte de manière classique d'une volonté du législateur d'estomper les aspects préventifs de cette police administrative pour lui préférer une approche répressive (1).

Les autres rendent compte d'une tendance postmoderne du droit des données personnelles<sup>1051</sup>. Elle révèle une tendance de fond du législateur européen à compléter ou remplacer certains aspects classiques du régime traditionnel de police administrative spéciale par des procédés de privatisation des opérations de contrôle. Contrairement aux apparences, elles ne rendent pas compte d'une prise de position plus libérale du législateur mais d'une volonté de rendre plus efficaces les procédés d'aménagement de la liberté de traitement. Le désinvestissement apparent de l'État ne constitue, pour reprendre l'expression du professeur Collet, qu'une « ruse de l'État post-moderne » lui permettant, par la promotion de procédés non autoritaires de police, qui peuvent emprunter au droit privé<sup>1052</sup> ou même au droit mou<sup>1053</sup>, d'affermir en réalité son contrôle sur la liberté de traitement des données personnelles (2).

## 1) Les mesures compensatoires libérales

1049 TÜRK Alex, *op. cit.*, p. 31.

1050 Directive 95/46, considérant n° 10.

1051 Le qualificatif de néo libéral a été envisagé en lieu et place de celui de postmoderne, mais il n'a finalement pas été retenu car s'il permet de décrire l'idée d'une liberté corrigée, il ne permet pas spécifiquement de désigner le développement si particulier de ces correctifs depuis quelques dizaines d'années. En effet, en soi, ce terme permet de décrire l'ensemble du phénomène d'encadrement de la liberté de traitement des données personnelles. Il ne permet pas de distinguer entre sa période ou tendance moderne, qui voit l'aménagement de cette liberté réalisé par des procédés publics et contraignants, et sa tendance post moderne, qui suppose non pas un effacement de ces procédés mais un redéploiement au plus proche du sujet contrôlé.

1052 COLLET Martin, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », in *Annales de la régulation*, Volume 1 (2006), LGDJ, p. 144 : « L'inscription dans la loi de compétences exercées « à la demande » ainsi que l'« externalisation » de certaines des compétences de contrôle de la CNIL évoquent inmanquablement une forme de privatisation de l'action publique. D'une part, l'Etat se muerait en prestataire de service jusque dans la mise en œuvre de ses compétences de police. D'autre part, le sens de son action et les intérêts que celle-ci est censée servir verraient leur définition en partie échapper à l'Etat pour revenir à des personnes privées. En réalité, (...)ces voies nouvelles empruntées par le législateur ont plutôt vocation à affermir l'action de l'Etat, à accroître son emprise sur la société et finalement à mieux assurer le respect des principes établies par le législateur ».

1053 COLLET Martin, *op. cit.*, p. 133 : « tout porte à comprendre cette passerelle comme un moyen de mieux impliquer le législateur dans des secteurs de la vie sociale dont il était globalement exclu. Parfois considéré comme une perte de substance de la norme juridique, le développement d'un droit « mou » manifeste plus sûrement une nouvelle vigueur du droit de l'État, en permettant à ce dernier de canaliser (même de manière « souple ») des sources de normativité parfaitement effectives, mais dont le développement lui avait d'abord échappé ».

Il existe une première tendance observable en droit des données personnelles d'effacement des procédés préventifs d'encadrement de la liberté de traitement au profit de procédés répressifs. Concrètement, entre la loi du 6 janvier 1978 dans sa version originelle, et celle modifiée par la loi du 6 août 2004, le principe est passé de l'autorisation préalable à l'exercice de la liberté de traitement, à celui d'une simple déclaration<sup>1054</sup>. L'essentiel du contrôle de l'application par l'auteur du traitement de données des prescriptions législatives s'opère donc désormais pour l'essentiel *a posteriori* de l'exercice de la liberté de traitement, d'une part par une obligation d'information renforcée de la CNIL (a), d'autre part par l'octroi d'un procédé de sanction à cette autorité (b).

#### a) Le renforcement de l'obligation d'information de la CNIL

Le passage d'un régime de contrôle préventif d'une activité privée à un régime répressif ne fait pas disparaître la nécessité pour l'autorité publique de protéger l'ordre public spécial propre à l'activité libre réglementée. Seules changent ses modalités. Or, la suppression en tout ou partie de procédures de contrôle préventif entraîne *a priori* une perte d'information pour l'autorité publique sur les éventualités de trouble à l'ordre public spécial considérée. C'est la raison pour laquelle le passage, selon les termes du droit européen, d'un régime préventif à un régime de l'exception légale s'accompagne toujours d'un regain, parfois masqué, des obligations en matière d'information *a priori* ou *a posteriori*.

Ainsi, l'information de la CNIL est assurée soit de manière volontaire et coopérative dans le cadre de la déclaration préalable, soit de manière contrainte dans le cadre de contrôles sur pièces et sur place.

Le développement du procédé de la déclaration préalable assure « une mission d'information au profit de l'administration » mais aussi et surtout a pour fonction de « rendre possibles des poursuites ultérieures et c'est le juge qui en est le principal bénéficiaire. (...) Sur ce plan, le régime de la déclaration préalable peut être présenté comme l'auxiliaire du régime répressif »<sup>1055</sup>. Mais ce procédé constitue tout autant un procédé qui peut être classé parmi les éléments du régime préventif. En effet, « une fois cette formalité remplie, le déclarant agit comme il l'entend, et les éventuelles sanctions ne peuvent intervenir qu'*a posteriori*, comme dans le régime répressif »<sup>1056</sup>. C'est donc bien l'illustration d'un *continuum* ininterrompu en pratique entre régime répressif et préventif.

Le procédé de la déclaration préalable peut être mis en œuvre de manière explicite ou implicite. Relève ainsi de l'explicite l'introduction par l'Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 dans la loi n° 78-17 d'un article 34<sup>bis</sup> imposant aux fournisseurs de services de communications électroniques une obligation de notification à la CNIL de toute violation du droit des données, constituant ainsi en fait une obligation d'autodéclaration<sup>1057</sup>. C'est cette obligation qui a permis de rendre publique la fuite des données personnelles de près de 1,3 millions de clients de la société Orange en avril

1054 Voir *supra*.

1055 COLLIARD Claude-Albert et LETTERON Roseline, *Libertés publiques*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2005, p. 90.

1056 COLLIARD Claude-Albert et LETTERON Roseline, *op. cit.*, p. 89. Voir également p. 88 : « Le régime de déclaration préalable pourrait être qualifié de « juste milieu » entre le régime répressif, le plus libéral, et le régime préventif, le plus attentatoire à la liberté. Moins libéral que le régime répressif, car il ne permet pas à la personne d'exercer sa liberté directement, seulement guidée par sa connaissance de ce qui est licite ou illicite. Mais plus libéral que le régime préventif, car l'exercice de la liberté n'est pas subordonné à une décision administrative. L'intéressé n'a pas à demander l'autorisation d'user de sa liberté ; il se borne à informer les pouvoirs publics qu'il va user de sa liberté ».

1057 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 34bis.

2014, entraînant un contrôle de la CNIL et le prononcé d'un avertissement à l'encontre de la société fautive<sup>1058</sup>. Relève de l'implicite les obligations d'informations de l'auteur d'un traitement de données à l'encontre de la personne fichée<sup>1059</sup>, notamment en cas de violation du droit des données personnelles<sup>1060</sup>.

La CNIL s'est vu également attribuer dès 1978 un pouvoir de contrôle sur pièces et sur place. L'instauration de ce pouvoir de contrôle ne naît donc pas de la transposition par la loi du 6 août 2004 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 car la CNIL disposait déjà d'un pouvoir de contrôle sur pièce et sur place<sup>1061</sup>. Les auteurs d'un traitement de données personnelles se voyaient en outre fermement défendus de s'opposer à l'action de la commission<sup>1062</sup>.

L'intérêt de la loi du 6 août 2004 est à cet égard « l'extension des pouvoirs d'investigation de la CNIL »<sup>1063</sup>. Elle se traduit pour l'essentiel par la possibilité reconnue aux membres de la CNIL de « se rendre, entre 6 heures et 21 heures, dans tout local servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel, à l'exclusion des parties de celui-ci affectées au domicile privé, et se faire communiquer toute pièce utile à leur mission, le délit d'entrave à l'action de la CNIL étant puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende »<sup>1064</sup>. Mais surtout, « alors que l'actuel article 11 de la loi de 1978 lui permet de demander l'aide de magistrats délégués pour des mesures d'investigation et de contrôle, il appartiendra dorénavant à la CNIL seule d'exercer pleinement ce pouvoir de contrôle *a posteriori* »<sup>1065</sup>.

#### b) L'instauration de sanctions administratives

Les données de l'équation de départ sont simples : les traitements de données personnelles ne sont plus, comme aux premiers temps de l'informatique, des procédures exceptionnelles mises en œuvre par de grandes institutions centralisées publiques ou privées mais, potentiellement, par tout utilisateur de services ou d'objets connectés. Face à ce développement exponentiel des exercices de la liberté de traitement des données personnelles, l'autorité de police administrative spéciale qu'est la CNIL ne dispose pas de moyens suffisants. Il n'est ainsi pas réaliste de considérer que tous les traitements de données personnelles lui seront un jour déclarés ou seront autorisés préventivement par elle. Dans ces conditions, afin de conserver le principe de la liberté de traitement des données personnelles, les obligations préventives ont été allégées et compensées par des mesures répressives d'un type nouveau. La répression pénale qui assortissait initialement

1058 Délibération de la formation restreinte n° 2014-298 du 7 août 2014 prononçant un avertissement à l'encontre de la société ORANGE.

1059 Sur ce développement, voir *infra*.

1060 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 34bis, II : « En cas de violation de données à caractère personnel, le fournisseur de services de communications électroniques accessibles au public avertit, sans délai, la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Lorsque cette violation peut porter atteinte aux données à caractère personnel ou à la vie privée d'un abonné ou d'une autre personne physique, le fournisseur avertit également, sans délai, l'intéressé ».

1061 Loi du 6 janvier 1978, version originelle, article 21, 2.

1062 Loi du 6 janvier 1978, version originelle, article 21, 7.

1063 TÜRK Alex, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 218, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 mars 2003, p. 32.

1064 TÜRK Alex, *op. cit.*, pp. 32-33. Pour le détail des pouvoirs qui lui sont reconnus, voir l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa version actuelle.

1065 *Ibid.*, pp. 72-73.

les infractions à la réglementation, peu effective a cédé la place à une répression administrative dont l'exercice a été confié à la CNIL (b-1), qui s'inscrit comme un élément à part entière de la police administrative spéciale des données personnelles (b-2).

### *b-1) Le fondement : l'ineffectivité de la répression pénale*

Dans le régime initial de la loi du 6 janvier 1978, la CNIL ne disposait pas de pouvoir de sanction. Elle ne pouvait qu'adresser de simples avertissements aux contrevenants ou encore les dénoncer au Parquet. Ainsi, avec la transposition en droit français de la directive 95/46 par la loi du 6 août 2004, la répression en tant que telle n'intègre pas brutalement le droit des données personnelles. En effet, depuis l'origine de la loi du 6 janvier 1978, ce régime de police administrative spéciale est complété par des procédés répressifs inscrits dans le code pénal. Toutefois, il ne faut pas confondre répression pénale et répression administrative. En effet, « Sanctions administratives et sanctions pénales ne sont pas interchangeables. La liberté du législateur pour édicter les unes ou les autres n'est pas seulement une manifestation d'arbitraire. Elle est au contraire le signe de l'irréductible différence de la sanction pénale qui, soit par la privation de liberté, soit simplement par la force symbolique qu'elle dégage, traduit la réprobation du corps social à un degré que la sanction administrative ne peut exprimer »<sup>1066</sup>. Si la répression pénale s'avère porteuse d'une charge symbolique très forte, la répression administrative s'avère, elle, fondamentalement pragmatique. Cela explique que le développement de l'une en complément de l'autre ne réponde pas fondamentalement aux mêmes intérêts.

A cet égard, la répression pénale de délits techniques s'est avérée notoirement inefficace : si « parallèlement à la limitation des contrôles *a priori*, la directive invite à un recentrage de la CNIL, trop tournée vers un contrôle essentiellement formel et *a priori* sur les déclarations, vers un *contrôle a posteriori* », c'est parce que « des millions de traitements n'ont pas été déclarés, tandis que la répression est restée faible (61 avertissements et 35 dénonciations au parquet depuis 1978), en raison notamment des moyens réduits dont dispose la CNIL (82 agents) »<sup>1067</sup>. Cette inefficacité a toutefois atteint un *summum* rarement égalé en matière de répression des délits relatifs au droit des données personnelles : « Du côté des juridictions judiciaires, il apparaît que les règles juridiques contenues dans la loi de 1978 modifiée (...) sont méconnues voire suscitent la réticence et ne donnent lieu, en définitive, qu'à une jurisprudence clairsemée »<sup>1068</sup>. Pire encore, devant la rareté et la technicité de ce type de délinquance, il est possible de constater « l'absence d'une véritable politique pénale adaptée »<sup>1069</sup>. Ainsi, eu égard à l'extrême modicité des poursuites pénales effectivement engagées, Guy Braibant pouvait, dans le rapport qu'il a établi en 1998, à juste titre relever que l'absence de pouvoir de sanction de la CNIL et, globalement, son manque de moyen, étaient à l'origine d'un « déficit d'effectivité » dont il établissait ainsi le diagnostic : « Personne n'est en mesure d'évaluer aujourd'hui avec une certaine précision le nombre des traitements automatisés d'informations nominatives, qui constituent l'objet même de la loi. La

1066 ROSENFELD Emmanuel, VEIL Jean, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, 2008, n° 128, p.71.

1067 TÜRK Alex, *Rapport au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 367, Sénat, session ordinaire de 2003-2004, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 2004, p. 4.

1068 BLOUD-REY Céline, « Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2795.

1069 *Ibid.*, p. 2799.

C.N.I.L. en a enregistré 500 000 environ. Encore ce chiffre doit-il être minoré d'environ 20 %, pour tenir compte des traitements qui ont disparu sans que leur suppression ait été déclarée. De toute façon, le nombre actuel de traitements en fonctionnement est sans commune mesure avec celui des traitements déclarés ou autorisés. Trois millions d'entreprises sont dotés d'un ou plusieurs traitements, parfois plusieurs centaines. Les professions libérales comme les avocats ou les médecins sont en voie d'informatisation rapide – volontaire ou forcée. Les traitements se sont également multipliés dans les administrations publiques – et même là, il en existe encore, et non des moindres, qui n'ont jamais été signalés à la C.N.I.L.. Au total et même en tenant compte des traitements dispensés de déclaration, on peut avancer sans grand risque d'exagération que quelques millions de traitements ont échappé à son contrôle. Ces traitements ne sont sans doute pas " clandestins ", mais ils sont en tout cas " irréguliers ". Le bilan de la répression, administrative et pénale, est également faible – quelques dizaines de sanctions ou de poursuites. Pourquoi ? La C.N.I.L. elle-même ne peut être évidemment mise en cause, car elle a utilisé au maximum les moyens réduits dont elle disposait. Peut-être faut-il seulement regretter que les efforts de sensibilisation de l'opinion qu'elle a accomplis par ses rapports annuels et des colloques n'aient pas été plus importants. On peut constater que son existence et la loi de 1978 sont encore trop largement ignorées. En tout cas, nous devons tirer de cette expérience l'idée que les moyens de l'autorité de contrôle, quelle qu'elle soit, devront être dans l'avenir considérablement accrus »<sup>1070</sup>. Pour autant, cette ineffectivité de la répression pénale en matière de droit des données personnelles, qui perdure aujourd'hui<sup>1071</sup>, ne fait que refléter une inadéquation plus générale de la répression judiciaire des infractions aux législations techniques.

Ainsi, le Conseil d'État considérait déjà dès son rapport de 1984 que « les infractions aux législations techniques sanctionnées par des dispositions pénales n'étaient pas ou peu réprimées »<sup>1072</sup>. Onze ans plus tard, le constat est repris à l'identique. Cette juridiction relève alors que le choix de sanctions administratives relève de trois hypothèses : « soit les sanctions pénales ne sont pas appliquées (...) et les obligations dont elles sont censées assurer le respect ne sont plus respectées », « soit elles font au contraire l'objet d'une utilisation de masse, et c'est alors la volonté de désencombrer les tribunaux qui motive le recours à une sanction administrative »<sup>1073</sup>. En l'espèce, en matière de droit des données personnelles, nous nous situons dans cette première hypothèse, étant donné l'indigence notoire de la répression pénale en la matière.

Par ailleurs, le Conseil d'État relève un troisième motif expliquant la création de procédures de sanction administrative : « le souci de l'adaptation de la sanction »<sup>1074</sup>. Ce souci apparaîtrait à titre principal dans « certaines matières techniques à la réglementation complexe », dans lesquelles « les personnes commettent des infractions plus par ignorance de la loi que par volonté d'y échapper. La sanction administrative est alors beaucoup moins traumatisante »<sup>1075</sup>. En outre, dans ce type de domaine, « l'appréciation de l'infraction implique parfois des connaissances juridiques et techniques ». Dans ces conditions, l'intervention d'une autorité administrative spécialisée en lieu et place du juge pénal apparaîtra plus légitime et plus proportionnée à la gravité effective de l'acte incriminé<sup>1076</sup>.

1070 Rapport Braibant précité, pp.52-53.

1071 BLOUD-REY Céline, *op. cit.*, p. 2798.

1072 Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, EDCE, La Documentation française, 1995, p. 70.

1073 *Ibid.*, p. 71.

1074 *Ibid.*

1075 *Ibid.*

1076 *Ibid.*

Dans ces conditions, le développement en droit des données personnelles de la répression administrative s'explique comme un substitut à la répression pénale.

Mais il faut voir dans ce développement une deuxième signification, plus globale. L'introduction et le renforcement de pouvoirs de sanction administrative doit être mis en perspective au regard de l'économie de l'ensemble du régime de police administrative spéciale des données personnelles. En effet, il faut rappeler la finalité disciplinaire d'un procédé de sanction administrative au sein d'une institution<sup>1077</sup>. Sous cet angle, la répression administrative ne constitue qu'un moment de la fonction disciplinaire plus générale de police administrative. Le droit de l'UE lui-même se fait écho d'une telle conception, énonçant que l'existence d'un système de « sanctions appropriées pour les contrevenants » était nécessaire à un « système à part entière de protection des données à caractère personnel »<sup>1078</sup>.

C'est dans cette optique qu'il faut envisager la question de l'allègement des obligations préalables, qui répond à un souci de réalisme de l'action publique à deux égards. D'une part, une réglementation trop détaillée qui s'appliquerait à l'encontre d'une activité aussi courante que le traitement de données personnelles dans la société de l'information courrait le risque d'une application parcellaire ou lacunaire à raison de l'ampleur des moyens publics qu'il faudrait utiliser pour arriver à une application totale. D'autre part, une réglementation préventive trop complexe peut constituer un frein à l'activité informatique.

Mais un tel pragmatisme ne saurait aboutir à remettre en cause l'équilibre défini par le législateur entre l'exercice licite de cette liberté et ses abus. L'allègement du contrôle préventif implique alors l'instauration de mécanismes de répression administrative. Ces derniers sont réputés jouer un rôle préventif dans la mesure où le montant des amendes que la CNIL et ses équivalents européens sont susceptibles d'adopter est particulièrement important. Il est notamment porté à un montant qui peut être considérable dans la proposition de règlement de janvier 2012, dans la mesure où, lorsque ce texte sera définitivement adopté, les autorités en la matière pourront fixer des amendes dont le montant sera fonction du chiffre d'affaires mondial de la personne incriminée.

Cette impuissance initiale de la CNIL explique sa « tradition pédagogique » à l'égard des contrevenants, que d'aucuns considèrent comme excessive<sup>1079</sup>. Toutefois, la tendance actuelle est au renforcement du pouvoir de sanction de cette institution.

En effet, d'une part, la situation a changé avec la loi du 6 août 2004 modifiant la loi du 6 janvier 1978. En effet, transposant les dispositions des articles 24 et 28-3 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995, cette loi a doté la CNIL d'un véritable pouvoir répressif. Depuis lors, cette autorité peut, au terme des articles 45 à 49 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, prononcer des sanctions, y compris pécuniaires, à l'égard des contrevenants. Constitue par ailleurs une sanction le fait de rendre publique une décision déclarant un auteur de traitement de données personnelles en infraction aux règles du droit des données personnelles<sup>1080</sup>.

1077 MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXV, 1967, p. 77 et s.

1078 Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, préambule, 2<sup>ème</sup> considérant.

1079 PERRAY Romain, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL ? », *RLDI*, janvier 2008, n° 34, p. 82.

1080 Loi n° 78-17, article 45, I : « La formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut prononcer, après une procédure contradictoire, un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi. Cet avertissement a le caractère d'une sanction ». Pour une illustration récente, voir CE, 10e et 9e ss-sect. réunies, 12 mars 2014, n° 354629, Rec. XXXX.

D'autre part, le projet de règlement de janvier 2012 comporte des dispositions alourdissant considérablement le montant des sanctions pécuniaires pouvant être infligées. La raison en est que « les pouvoirs [actuels] de sanction et de contrôle [de la CNIL] souffrent de certaines limites. Les sanctions que peut prononcer la CNIL sont limitées à 150000 euros ou 300000 euros en cas de réitération<sup>1081</sup>. De tels montants ne présentent pas de caractère dissuasif pour des acteurs économiques de taille importe ou même seulement moyenne »<sup>1082</sup>. Ainsi, pour prendre un exemple récent, le *quantum* des sanctions pouvant être infligées paraît dérisoire au regard des capacités financières d'entreprises multinationales comme *Google*<sup>1083</sup>. Dans les faits, à propos de cette entreprise, une action répressive coordonnée de plusieurs CNIL européennes, prononçant dans un laps de temps rapproché des sanctions d'un montant élevé peut dans une certaine mesure compenser la faiblesse du montant des sanctions.

La proposition de règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données de janvier 2012 augmente donc considérablement le *quantum* des sommes exigibles à titre de sanction administrative, alignant ainsi le droit des données personnelles sur le droit européen de la concurrence<sup>1084</sup>. A cet égard, la situation de l'entreprise américaine *Microsoft* à l'égard du respect du droit européen de la concurrence préfigure celle à laquelle sera confrontée *Google* ou tout autre entreprise multinationale ayant des activités numériques. En effet, les violations par cette première entreprise du droit de la concurrence ont conduit à l'adoption d'amendes d'un montant record, de nature à permettre un respect extraterritorial de la règle de droit européenne. De manière générale d'ailleurs, « depuis quelques années, les amendes fulminées subissent une vertigineuse escalade. (...) la *ratio* de cette politique décisionnelle reflète les enseignements de la théorie économique. Les travaux de Garry Becker, notamment, montrent qu'une amende « optimale » est celle qui dissuade un agent rationnel d'adopter un comportement inefficace pour la société, c'est à dire un comportement dont le coût total pour la société excède les gains privatifs qu'en retire son auteur »<sup>1085</sup>.

Dans les deux cas, l'introduction de procédés de sanctions et leur renforcement à venir se justifie par une recherche d'effectivité des équilibres inscrits au sein du droit des données personnelles.

### *b-2) Un procédé inséparable d'un régime de police administrative spéciale*

Ce procédé est inséparable à plusieurs égards d'un tel régime, tant au niveau de sa qualification dans le texte même de la loi du 6 janvier 1978 que de sa fonction.

1081 Loi du 6 janvier 1978, version actuelle, article 47.

1082 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, p. 178.

1083 CNIL, 3 janv. 2014 délib. n°2013-420 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société *Google Inc.* Dans le cadre de cette délibération, la formation restreinte de la CNIL a prononcé une sanction pécuniaire de 150 000 euros, soit le montant maximal permis par l'article 47 de la loi du 6 janvier 1978, à l'encontre de la société *Google Inc.*, estimant que les règles de confidentialité mises en œuvre par celle-ci depuis le 1<sup>er</sup> mars 2012 n'étaient pas conformes au droit des données personnelles.

1084 Règlement(CE) N°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1. Son article 23 permet à la Commission d'infliger des amendes aux contrevenants d'un montant maximal de 10% du chiffre d'affaires rapporté au dernier exercice.

1085 PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien - Lextenso Editions, 2013, p. 517.

En effet, d'une part, les décisions de la CNIL sont qualifiées dans la loi de sanctions administratives et non de mesures de police. Mais au regard des précisions données par la jurisprudence et la doctrine en matière de sanctions administratives, le doute est permis quant à la qualification de certaines mesures, considérées peut être un peu hâtivement par le législateur comme des sanctions administratives.

En effet, définir la nature des pouvoirs de coercition de la CNIL en se basant sur le seul texte de la loi du 6 janvier 1978 apparaît comme une opération particulièrement délicate. La difficulté qu'il y a à démontrer que cette autorité est habilitée à prendre des mesures coercitives de police administrative évoque à cet égard fortement la question posée au juge administratif à propos de la COB dans l'arrêt du Conseil d'État *S<sup>té</sup> Athis* du 22 juin 2001<sup>1086</sup>. Dans cette affaire, la question était de savoir si un retrait d'agrément prononcé par la COB à l'encontre de la requérante devait s'analyser comme une sanction ou comme une mesure de police, étant précisé que la réponse à cette question entraînait alors application d'un régime procédural distinct en termes de respect des droits de la défense. La COB était une AAI dotée de prérogatives étendues, comportant notamment « pouvoir réglementaire, pouvoir de police des marchés financiers et pouvoir de sanction »<sup>1087</sup>. A l'inverse de la loi du 6 janvier 1978 à l'égard de la CNIL, la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières avait explicitement conféré à la COB un pouvoir de police et un pouvoir de sanction. Or, l'exercice de ces deux pouvoirs pouvait se traduire par une modalité commune, le retrait d'agrément, prononcé par la COB soit comme mesure de police, soit comme sanction. La méthode pour faire le *distinguo* entre ces deux intentions a été clairement posée par les commentateurs de l'arrêt: « Le critère le plus pertinent pour distinguer mesure de police et sanction administrative est finaliste: la mesure est-elle préventive ou répressive? »<sup>1088</sup>. Dans le premier cas, la mesure vise à prévenir un désordre tandis que, dans le second, elle vise à punir l'infraction à une réglementation précise. En l'espèce, le retrait de l'agrément de la société requérante était fondée sur un non respect de la réglementation (elle ne respectait plus les conditions pour bénéficier de cet agrément). Pour autant, le juge se fonde non seulement sur le motif retenu, mais également sur l'intention de l'autorité qui a prononcé la mesure. Or, en l'espèce, la COB avait entendu à titre principal préserver de manière préventive les intérêts des épargnants du comportement de la société requérante. La mesure de retrait d'agrément constituait donc une mesure de police administrative et non une sanction.

Le recours à cette solution jurisprudentielle permet de délimiter ce qui, au sein des pouvoirs de la CNIL, relève de la sanction administrative et ce qui relève de la mesure de police. D'abord, le chapitre VII de la nouvelle version de la loi semble ne laisser planer aucune ambiguïté. Mais dans la mesure où le juge administratif déplore régulièrement en la matière les maladresses de rédaction du législateur<sup>1089</sup>, un examen critique de ces dispositions s'impose à la lueur des critères établis et éprouvés par la jurisprudence. L'article 45, I de la loi du 6 janvier 1978 est ainsi conforme à la jurisprudence administrative, qui retient comme critère d'une sanction le motif de la décision prise par l'administration pour non respect d'obligations préexistantes. En effet, l'article 45, I énonce que: « La Commission nationale de l'informatique et des libertés peut prononcer un

1086 CE, 22 juin 2001, *S<sup>té</sup> Athis*, req. n° 193392.

1087 GUYOMAR Mattias et COLLIN Pierre, note sous CE 22 juin 2001, *Sté Athis*, req. n° 193392, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA, 2001, p. 634.

1088 GUYOMAR Mattias et COLLIN Pierre, *op. cit.*, p. 635. Voir également CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions* : Doc. fr., 1995, p. 38 : « Les sanctions administratives se distinguent des mesures de police par leur finalité. Les sanctions sont d'une nature essentiellement répressive (...) Au contraire, les mesures de police ont une finalité essentiellement préventive ».

1089 GUYOMAR Mattias et COLLIN Pierre, *op. cit.*, p. 635: « Lorsque les textes sont mal rédigés, le juge est parfois conduit à faire œuvre de pédagogue », ce qu'illustre l'affaire CE 20 décembre 2000, *Sté A Conseils Finances*, req. n° 221215, citée à la même page de cet article.

avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi ». Or, l'existence d'une mise en demeure formelle renforce l'idée qu'il s'agit là véritablement de sanctions car son existence obligatoire avant décision de la CNIL indique, par analogie avec une situation juridique similaire, « que c'est à l'opérateur (...) de faire en sorte que l'ordre public et la salubrité soient toujours assurés »<sup>1090</sup>. L'analogie avec la décision *S<sup>té</sup> Athis* se justifie car la CNIL ne protège les droits et libertés de la personne fichée que pour autant qu'ils intègrent l'ordre public spécial défini et délimité par le législateur. L'exercice préventif des pouvoirs de police spéciale des données personnelles peut donc être mis en œuvre pour prévenir une atteinte à cet ordre public spécial.

En revanche, le régime des dispositions énoncées à l'article 45, II accrédite l'idée selon laquelle ces mesures pourraient se voir requalifier de sanctions en mesures de police. En effet, ces mesures constituent une interruption momentanée de la liberté de traiter des données personnelles « en cas d'urgence, lorsque la mise en œuvre d'un traitement ou l'exploitation des données traitées entraîne une violation des droits et libertés mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> », qui peuvent s'analyser comme des mesures de police administrative. En effet, les « décisions de police (...) exigent plutôt des mesures provisoires »<sup>1091</sup>, ce qui est manifestement le cas des mesures que la CNIL peut adopter dans cette hypothèse »<sup>1092</sup>. Dans le cadre de cet article 45, II, le motif à l'origine de la mesure administrative n'est alors pas une faute, c'est à dire un manquement à une obligation préexistante comme dans l'hypothèse de l'article 45, I, mais est motivé par un risque imminent (« En cas d'urgence ») d'atteinte à l'ordre public spécial défini à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978.

D'autre part, sur le plan de la fonction des sanctions administratives, il n'est pas possible d'isoler le procédé répressif même du dispositif policier. En effet, si une sanction administrative ne constitue pas une mesure de police administrative, elle constitue comme en l'espèce une mesure se substituant à un procédé préventif.

Certes elles ont un effet indéniablement répressif. Mais réduire leur intérêt à ce seul aspect répressif conduit à manquer l'essentiel de leur fonction, qui est de prévention par la dissuasion. En effet, il convient à cet égard de relativiser leur caractère strictement répressif car leur but est bien

1090 VIEL Marie-Thérèse, « Errements des sanctions administratives », *AJDA*, 2007, p. 1008.

1091 VIEL Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 1008.

1092 Loi du 6 janvier 1978, dans sa version modifiée, article 45, II : « II. - En cas d'urgence, lorsque la mise en œuvre d'un traitement ou l'exploitation des données traitées entraîne une violation des droits et libertés mentionnés à l'article 1er, la commission peut, après une procédure contradictoire :

1° Décider l'interruption de la mise en œuvre du traitement, pour une durée maximale de trois mois, si le traitement n'est pas au nombre de ceux qui sont mentionnés au I (traitements État sécurité et infractions pénales sans données à caractère politique, philosophique ... santé et vie sexuelle) et au II (traitements État sécurité et infractions pénales avec données à caractère politique, philosophique ... santé et vie sexuelle) de l'article 26, ou de ceux mentionnés à l'article 27 (traitements NIR, biométrie, recensement, téléservices) mis en œuvre par l'État ;

2° Décider le verrouillage de certaines des données à caractère personnel traitées, pour une durée maximale de trois mois, si le traitement n'est pas au nombre de ceux qui sont mentionnés au I (traitements État sécurité et infractions pénales sans données à caractère politique, philosophique ... santé et vie sexuelle) et au II (traitements Etat sécurité et infractions pénales avec données à caractère politique, philosophique ... santé et vie sexuelle) de l'article 26 ;

3° Informer le Premier ministre pour qu'il prenne, le cas échéant, les mesures permettant de faire cesser la violation constatée, si le traitement en cause est au nombre de ceux qui sont mentionnés au I (traitements État sécurité et infractions pénales sans données à caractère politique, philosophique ... santé et vie sexuelle) et au II (traitements Etat sécurité et infractions pénales avec données à caractère politique, philosophique ... santé et vie sexuelle) de l'article 26 ; le Premier ministre fait alors connaître à la commission les suites qu'il a données à cette information au plus tard quinze jours après l'avoir reçue ».

préventif, à savoir avertir le contrevenant potentiel des conséquences de ses actes. Vivien l'a ainsi exprimé : « L'effet des lois pénales n'est pas moins d'atteindre les crimes commis que d'inspirer à ceux qui pourraient méditer de nouveaux crimes, une terreur salutaire. Les lois répressives ont pour complément nécessaire les mesures qui constituent plus spécialement la police publique, mesures dont le caractère est plus directement préventif et l'effet plus immédiat »<sup>1093</sup>. Ces sanctions ne sont ainsi répressives que dans leur effet mais elles s'insèrent dans une dynamique préventive d'ensemble. Cette finalité préventive de la sanction est d'ailleurs reconnue en droit positif<sup>1094</sup> et par la doctrine<sup>1095</sup>, en dépit de son objet essentiellement répressif. C'est d'ailleurs la raison implicite pour laquelle le développement relativement récent de la répression administrative a pu être perçu comme un véritable facteur de « dénaturation du régime répressif »<sup>1096</sup>. L'intérêt annexe d'une telle mise en lumière de la fonction policière de la répression administrative est de réintégrer la vertu de la dissuasion, parfois prêtée à la seule régulation, dans le giron de la notion de police administrative<sup>1097</sup>.

Ainsi, quand bien même ces sanctions administratives prononcées par la CNIL ne sauraient constituer des mesures de police administrative en tant que telles, ce qui n'est pas forcément et systématiquement le cas, force est tout de même de constater qu'elles s'intègrent dans une finalité policière.

En ce sens, elles constituent une mesure classique d'encadrement par l'État des processus de libéralisation. A cet égard, les professeurs Delmas-Marty et Teitgen-Colly ont clairement mis en évidence ce lien entre la résurgence de ce type de répression et « l'intervention accrue de l'Etat moderne : l'intervention directe avec « l'État-providence », ou intervention assurée par les « autorités administratives indépendantes » (AAI), avec « l'État régulateur » ». Ce lien aboutit à une situation en apparence équivoque, « Le paradoxe étant que, voulant favoriser une logique de régulation à base de négociation et de persuasion, les pouvoirs publics ont néanmoins doté peu à peu ces AAI de larges pouvoirs de sanction avec pour conséquence un redéploiement, mais aussi un renforcement de la répression administrative »<sup>1098</sup>. En fait, la liaison entre ces deux phénomènes n'est paradoxale qu'en apparence car l'attribution d'un pouvoir de sanction ainsi que son aggravation s'inscrivent dans un processus plus général de déréglementation, impliquant le

1093 VIVIEN, *Études administratives*, Tome 2, 3<sup>ème</sup> édition, Cujas, 1974, p. 114.

1094 Voir par exemple CEDH, 21 février 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, série A n° 73, §53 : « le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction, suffisent à établir au regard de l'article 6 de la convention, la nature pénale de l'infraction ».

1095 CHAGNY Muriel, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004, p. 110 : « De même qu'en matière pénale, le but assigné aux sanctions pécuniaires est double, préventif et répressif, l'efficacité de la dissuasion dépendant à l'évidence de la vigueur de la répression ».

1096 DEFFAINS Nathalie, *Le régime répressif des libertés publiques*, thèse, Strasbourg, 1993, p. 14.

1097 COLLET Martin, « Le droit fiscal, berceau de la régulation? », in REVET Thierry et VIDAL Laurent, *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009, p. 40. La redécouverte de ce pragmatisme des polices administratives spéciales explique ainsi que le pouvoir de certaines AAI, que d'aucuns qualifient de pouvoir de régulation, constitue en réalité un exemple du pragmatisme de la notion de police administrative spéciale, qui fait fi des considérations idéologiques relatives à la séparation prévention/répression. Voir à cet égard ISIDORO Cécile, *op. cit.*, p. 420: « c'est bien un pouvoir de police qui a été conféré aux autorités de régulation des marchés récemment ouvert à la concurrence, qu'il s'agisse de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ou de la Commission de régulation de l'énergie. (...). Ce pouvoir de police est à la fois préventif et répressif. Il y a dépassement de la distinction traditionnelle entre police administrative et police judiciaire que connaît le droit administratif français, dépassement en raison de la réunion aux mains d'une même autorité des deux pouvoirs de la police ».

1098 DELMAS-MARTY Mireille, TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit pénal*, Economica, 1992, p. 7.

passage d'équilibres préventifs à des équilibres *a priori* plus répressifs.

## 2) Les nouvelles mesures compensatoires

Elles s'analysent non pas comme une suppression mais comme un report de la fonction de contrôle sur le contrôlé lui-même, et ce en tout ou partie. Outre la question du consentement au traitement de données personnelles<sup>1099</sup>, cette évolution concerne à la fois ces opérations de contrôle qui consistent en la réception d'obligations déclaratives et celles relatives à l'exercice d'un pouvoir d'autorisation préalable. Dans un cas comme dans l'autre, ce phénomène trouve directement son origine dans la disproportion entre les moyens alloués à la CNIL et le nombre de traitements soumis, au terme de la loi, à déclaration ou à autorisation. L'« endogénéisation »<sup>1100</sup> des opérations de contrôle de la CNIL ne constitue alors qu'un aspect d'une politique plus large visant à la recentrer sur ses fonctions stratégiques, et ce à deux égards: d'une part en déléguant ou en abandonnant formellement sa fonction de destinataire des obligations déclaratives; d'autre part en abandonnant au procédé contractuel des domaines dans lesquels le recours au procédé autoritaire s'avère manifestement peu pertinent.

Cette démarche de privatisation des opérations de contrôle (a) prolonge alors la politique d'adoption de règlements types et de dispenses, énoncée *supra*, qui tend à dessiner concrètement un espace de liberté par principe de traitement des données personnelles, exempt de toute obligation déclarative en bonne et due forme. L'ensemble n'est d'ailleurs pas sans évoquer l'attitude de la Commission européenne en matière de politique de concurrence, à l'époque où elle était la destinataire unique des notifications préalables prescrites par le règlement 17/62 du 6 février 1962<sup>1101</sup> en matière de concurrence<sup>1102</sup>. Cette première démarche se trouve en cela complétée par le recours croissant à des modalités non juridiques de contrôle (b).

### a) La participation du contrôlé à son propre contrôle

Ce procédé n'est pas spécifique au droit des données personnelles, plongeant ses racines dans

1099 Cette question est traitée en deux temps, dans le cadre de la présente division dans une logique objectiviste, et *infra* en deuxième partie, titre 2, chapitre 1, sous l'angle subjectiviste. Dans les grandes lignes, il est possible de la résumer ainsi : alors que dans la loi du 6 janvier 1978 le consentement de la personne fichée n'est requis que pour le traitement de données sensibles, il devient, à partir de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 et de sa transposition en France par la loi du 6 août 2004 une condition ordinaire de légitimation de tout traitement de données personnelles.

1100 TIMSIT Gérard, *Archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 202 : « Le phénomène de l'endogénéisation entraîne un renversement de la perspective – par la substitution à la sanction de mécanismes de coopération. Les normes, n'étant plus imposées de l'extérieur mais au contraire l'expression d'une responsabilité collective, ne peuvent plus le voir sanctionner par la contrainte. On s'explique ainsi le déclin de la notion d'impérativité. Elle était, elle est toujours, le critère de l'exercice d'un pouvoir de réglementation. Elle laisse place, avec la régulation, à un phénomène complexe qui revêt, de ce point de vue, deux aspects. D'une part la contrainte s'efface ou disparaît : normes obligatoires, mais non contraignantes, dont le respect, désormais, est fondé sur des mécanismes de persuasion, incitation, recommandation ».

1101 Règlement 17 du Conseil du 6 février 1962, Premier règlement d'application des articles [81] et [82] du Traité, JO 13, 21 février 1962, p. 204.

1102 PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien - Lextenso Editions, 2013, p. 47 : « Utile, la procédure de notification préalable permet à la Commission d'amasser d'abondantes informations sur les structures industrielles et pratiques commerciales dans la Communauté. Mais la Commission ploie bientôt sous le volume des notifications. Elle ne cessera, au cours des décennies qui suivent, à rechercher des voies d'accélération du traitement des affaires : adoption de règlements d'exemption par catégorie et de Lignes directrices, clôture d'affaires par lettres administratives de classement (dites « *comfort letters* »), décisions d'attestation négatives, règlements transactionnels (dits « *settlements* »), communications de *minimis*, etc ».

des évolutions de fond du droit public contemporain (a-1). En droit des données personnelles, il se traduit par la privatisation des procédures de déclaration préalable (a-2) et de celles d'autorisation préalable (a-3).

### *a-1) Le fondement*

D'un point de vue théorique, la participation du contrôlé au contrôle peut à notre sens avoir, pour un même procédé disciplinaire, trois fondements différents.

Le premier s'inscrit dans une optique constitutionnelle et vise à décliner dans le domaine de l'exécution des lois ce que Georges Burdeau appelle la « liberté-participation » des individus, qui « consiste à associer les gouvernés à l'exercice du pouvoir pour empêcher celui-ci de leur imposer des mesures arbitraires »<sup>1103</sup>. Cette liberté politique se déploie ordinairement dans le domaine législatif, associant de manière fictive et indirecte les individus à l'élaboration des lois par le biais de l'élection au suffrage universel direct de représentants. Mais l'avènement de procédés de démocratie administrative est en soi révélateur de l'impasse de l'enfermement des procédés démocratiques à ceux organisés dans le cadre du seul droit constitutionnel. Pour reprendre le constat formulé par le professeur Isaac, à un moment de notre histoire, au tournant des années 1970, il est apparu nécessaire de compenser les carences du système représentatif tel qu'organisé et pratiqué sous la V<sup>ème</sup> république car ce régime n'arrivait plus à maintenir la moindre vraisemblance de la fiction du parlementarisme<sup>1104</sup>. Cette carence est celle de la légitimité de ce système à prétendre représenter les citoyens : d'une part, la rationalisation du parlementarisme combinée au fait majoritaire empêche que les représentants de ces derniers ne puissent effectivement exercer l'essentiel du pouvoir ; d'autre part, l'instauration d'un bipartisme de fait, opposant deux formations que l'on peut légitimement qualifier d'attrape-tout, appauvrit en pratique le choix d'un représentant de sa sensibilité, donc érousse considérablement le sentiment d'identification, même fictif, du citoyen au représentant qu'il souhaiterait voir en charge. Dans ces conditions, l'essentiel de la réalité du pouvoir étant dévolu à l'exécutif, et ce de manière connue, le maintien de la légitimité du système passait par l'association des individus, non plus en tant que citoyens mais dans ce rôle de prolongement qu'est le statut d'administré, à l'exercice du pouvoir réel : le pouvoir d'exécution des lois.

La participation du contrôlé au contrôle s'inscrit aussi dans une logique administrative de production concrète de solidarité intersociale, pour employer l'expression si parlante de Léon Duguit. Le développement continu des prestations attendues de la personne privée à l'égard de l'État providence implique logiquement un accroissement tant de ses domaines d'intervention que d'un approfondissement de cette dernière. Cette tendance croissante de l'État à s'immiscer dans

1103 BURDEAU Georges, *La démocratie*, La Baconnière, 1956, rééd., Seuil, 1966, p. 17.

1104 ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXIX, 1968, p. 222: « La limitation de la démocratie au domaine politique était, en effet, logique et cohérente dans la construction des fondateurs de la démocratie française. Proclamant, d'une part, la primauté et l'exclusivité de la Loi dans le façonnement de l'ordre juridique auquel est soumis le citoyen et assurant, d'autre part, la participation de ce même citoyen à l'élaboration de la Loi par le biais du système représentatif, ils pouvaient légitimement estimer avoir établi un régime pleinement démocratique. Mais la valeur d'une telle démocratie limitée à l'ordre politique est fonction du maintien des postulats révolutionnaires sur la Loi source exclusive du droit et le Parlement centre unique de création de ce droit. Elle est considérablement réduite lorsque, en dehors du centre de décision législatif auquel est assurée la participation démocratique des citoyens, se juxtaposent ou se substituent d'autres centres de décision auxquels ils ne sont pas associés ».

un nombre croissant de réalités concrètes, d'une manière parfois perçue comme totalitaire<sup>1105</sup>, et ce dans l'optique d'approfondir la solidarité sociale, aboutit à ce que l'État providence fasse porter son action au plus près de la réalité des administrés, parfois à un tel degré de proximité que son action n'est alors légitime qu'avec l'accord, au moins formel, de ce dernier.

La participation du contrôlé s'inscrit enfin dans une logique financière. Elle vise à rendre efficiente l'action d'un État dont les missions se sont développées et diversifiées dans le cadre de l'État providence mais dont la situation financière s'est largement dégradée depuis le choc pétrolier de 1974<sup>1106</sup>. La pression financière a constitué une motivation particulièrement explicite de recherche d'efficacité systématisée de l'action de l'État qui s'est traduite par l'adoption d'instruments rénovant le droit public financier dans une perspective de performance publique et de soutenabilité des dépenses publiques<sup>1107</sup>. L'externalisation dans la personne du contrôlé de la fonction d'encadrement de l'activité privée des particuliers, classiquement exercée par l'État, rend compte de cette recherche d'efficacité, la même tâche pouvant alors être exercée mais à moindre coût.

Ces trois fondements se combinent dans la pratique pour aboutir à une évolution contemporaine du droit repérée dès 1982 par le professeur Paul Amselek, qui en isolait deux données générales : « La première, c'est le paradoxe sur lequel repose l'exercice du Pouvoir dans ces sociétés « libérales avancées » (...), - paradoxe puisque d'un côté, on veut maintenir le ressort de la libre initiative des individus mais que, d'un autre côté, on assigne aux autorités publiques, par-delà leur mission traditionnelle de gendarmes, celle de promoteurs du bien-être des citoyens. La seconde donnée, c'est la crise générale de l'autorité qui secoue ces sociétés et qui affecte en particulier l'autorité des pouvoirs publics ». Ces deux éléments permettaient pour cet auteur de constater l'existence d'un processus d' « adaptation de la technique juridique, plus précisément au développement de nouvelles formes appropriées de la technique juridique »<sup>1108</sup>. Plus spécifiquement, une des conséquences de cette évolution est, selon lui, le « développement de la direction juridique non autoritaire des conduites »<sup>1109</sup>. Le professeur Jacques Chevalier en décrira quelques années plus tard l'intérêt opérationnel : « La réglementation autoritaire, pesante et formaliste comporte en effet bien des inconvénients et son application est entravée par de nombreux obstacles : par son uniformité, elle s'adapte mal à la diversité des situations ; par sa stabilité, elle est rapidement frappée d'obsolescence ; par son aspect coercitif, elle suscite des réactions de passivité et de fuite. (...). La déréglementation apparaît dans cette optique comme un vecteur de promotion de procédés plus subtils et peut être plus insidieux de contrôle des comportements »<sup>1110</sup>.

Malgré l'apparente nouveauté de la chose, ce type de procédé a toujours existé et ne constitue qu'une résurgence et une systématisation en droit public de la fonction de police telle que mise en

1105 AMSELEK Paul, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 288.

1106 En effet, c'est à cette année que remonte le dernier exercice budgétaire excédentaire de la France.

1107 Pour se limiter aux textes les plus emblématiques et, dans l'ordre chronologique, cette évolution est marquée par la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 dite LOLF, le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG) du 2 mars 2012, le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et à la comptabilité publique (GBCP) ( qui remplace le Règlement général sur la comptabilité publique (RGCP) du 29 décembre 1962).

1108 AMSELEK Paul, *op. cit.*, p. 285.

1109 AMSELEK Paul, *op. cit.*, p. 287.

1110 CHEVALLIER Jacques, « Les enjeux de la déréglementation », *RDP*, 1987, p. 290.

lumière par Michel Foucault. Cette dernière se caractérise par le développement de la discipline, qui implique le passage de la sanction visible et physique, comme le supplice, à l'intériorisation de la norme et des conséquences de sa transgression<sup>1111</sup>. L'intérêt du procédé disciplinaire en lieu et place d'un procédé autoritaire est que le premier met en œuvre par nature une démarche de recherche d'efficacité. En effet, il consiste en un report de la tâche du contrôleur sur le contrôlé lui-même, pour ainsi dire sur l'intériorisation du contrôle<sup>1112</sup>.

Ce procédé est si ancien qu'on en retrouve par exemple trace chez Domat, lorsqu'il analyse les rôles respectifs et complémentaires de la religion et de la police. La première constitue un outil d'origine religieuse de civilisation des mœurs mis volontairement en œuvre par la personne qui s'y adonne, en lui donnant des mœurs policées. Sous sa forme laïque, cette fonction se développera à partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle en France à travers l'explosion des ouvrages consacrés à cette intériorisation volontaire des comportements exigés par la vie en société que l'on nomme civilité ou politesse<sup>1113</sup>. La seconde intervient toutes les fois où la religion ne permettrait pas d'atteindre un tel résultat, en assurant un « processus de civilisation »<sup>1114</sup> par une contrainte extérieure, portant sur ce que cet auteur appelle l'« ordre extérieur »<sup>1115</sup>. Ainsi, ce terme antique et fondamental de *Polis* au sens de lois organisant la Cité se trouve-t-il en pratique raffiné et distingué dans ses deux variantes modernes, qui constituent les deux temps d'un même *continuum* que l'on peut d'ailleurs présenter sous forme d'échelle graduée<sup>1116</sup> : la police et la politesse.

1111 L'HEUILLET Hélène, « La généalogie de la police », *Cultures & Conflits*, n°48, hiver 2002, p. 114 : « Avec la police, apparaît, au sein de la monarchie absolue mais apte à lui survivre, une singulière forme de pouvoir, que Michel Foucault appelle le pouvoir de la norme. À côté des vertus classiques de l'exemplarité, de l'honneur, de la maîtrise de soi et des autres, naît une institution qui ne se propose d'abord pas d'offrir des modèles à imiter, mais qui veille à ce que la vie individuelle et collective se déroule « normalement ». Ce qui atteste de la réussite de l'exercice de l'autorité est désormais la normalité plus que la dévotion ou le dévouement – marques traditionnelles de la sujétion. Il importe désormais que les règles soient intériorisées sous forme de comportement ». Voir également p. 116 : « La discipline est le but de l'action policière dans la mesure où celle-ci repose sur un pouvoir réglementaire. Le règlement, type de législation spécifiquement policier, est un moyen de se faire obéir par la prévention de la violence. Toute discipline, en ce sens, est autodiscipline : elle renvoie le sujet non à un quelconque devoir d'obéissance, mais à l'obligation d'agir sur lui-même « au nom de la loi ». Elle apparaît bien contemporaine d'une « pacification des mœurs » au sens que lui donne Norbert Elias, c'est à dire non d'une disparition ou d'un adoucissement de la violence, mais de l'intériorisation de celle-ci (...). Pour Michel Foucault, la discipline naît avec la fin des supplices, avec l'effacement du spectacle de la punition, avec une forme de « sobriété punitive ». C'est le règlement qui sanctionne en effet l'indiscipline : à chaque sujet de se rendre compte par lui-même qu'il devait s'attendre à être puni ».

1112 L'HEUILLET Hélène, *op. cit.*, p. 117 : « La discipline établit une relation entre le surveillant et le surveillé bien plus intime que celle qui peut se nouer entre un gouvernant et un gouverné, précisément parce que le surveillé n'a affaire qu'à lui-même. La police surveille la relation que chacun entretient à lui-même. Elle exerce son contrôle en vérifiant que l'individu sais se contrôler, comme le montre Norbert Elias à propos du règlement de circulation : « Des agents règlent avec plus ou moins d'adresse la circulation. Mais cette régulation de la circulation présuppose que chacun règle lui-même son comportement en fonction des nécessités de ce réseau d'interdépendances par un conditionnement rigoureux. Le danger principal auquel l'homme est ici exposé est la perte de l'autocontrôle d'un des usagers de la voie publique. Chacun doit faire preuve d'une autodiscipline sans faille, d'une autorégulation très différenciée de son comportement pour se frayer un passage dans la bousculade ».

1113 Par commodité, nous assimilons ces deux termes qui ont en réalité des significations partiellement différentes. Pour un approfondissement général de la question, voir sur ce sujet : LOSFELD Christophe, *Politesse, morale et construction sociale. Pour une histoire des traités de comportements (1670-1788)*, Honoré Champion, 2011 ; MUCHEMBLED Robert, *La société policée. Politique et politesse en France du XVI<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle*, Seuil, 1998 ; RAYNAUD Philippe, *La politesse des Lumières. Les lois, les mœurs, les manières*, Gallimard, 2013.

1114 ELIAS Norbert, *La civilisation des mœurs*, Pocket, 2003.

1115 DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, seconde édition, Chez Pierre Aubouin, Libraire de Messieurs les Enfants de France, Pierre Emery & Charles Clouzier, 1697, Tome I, chapitre X, I à V.

1116 Sur cette idée d'échelle de policarité au sens de gradation dans le degré de contrainte permettant d'assurer la

En dépit de son caractère ancien, ce procédé trouve des mises en pratiques contemporaines nombreuses, notamment en matière de contractualisation de l'action publique, conduisant certains à voir ce procédé comme un asservissement à peine déguisé de la personne qui s'oblige par un tel contrat, dans la mesure où « la toute puissance conférée au consentement au nom de la liberté individuelle sert en effet souvent en réalité à justifier la mise à disposition des faibles au services des forts »<sup>1117</sup>. Le demandeur d'emploi signataire contraint d'un Plan d'Aide au Retour à l'Emploi ou le ressortissant non communautaire signataire tout aussi contraint d'un contrat d'accueil et d'intégration ne peuvent à aucun moment se faire la moindre illusion sur la réalité de leur liberté à s'engager à respecter individuellement des obligations non pas contractuelles mais purement légales ou réglementaires<sup>1118</sup>. C'est alors de manière particulièrement grossière, sans égard pour un quelconque souci de légitimité du procédé dans la mesure où il s'applique à des populations marginalisées et stigmatisées (étrangers et chômeurs), que l'État cherche à accroître l'efficacité de son action en imaginant susciter une telle adhésion volontaire de la personne à la politique publique qu'il met en œuvre.

L'intérêt de la contribution précitée du professeur Amselek n'est donc pas de décrire un phénomène nouveau, mais de souligner son essor, au tournant des années 1980 : « Ce développement s'explique surtout (...) par l'élargissement de la mission impartie aux pouvoirs publics : l'État est devenu un État-Providence chargé d'assurer le bien-être général des citoyens, de les diriger dans toutes les étapes, dans toutes les péripéties de leur existence. Ce rôle « totalitaire » (au sens propre) des autorités publiques ne pouvait se développer uniquement sous forme de commandements, particulièrement dans les sociétés occidentales libérales qui entendent paradoxalement continuer à reposer sur le principe de la liberté individuelle, de la liberté d'initiative, de la liberté d'entreprise. Pour surmonter le paradoxe, la solution la plus appropriée était bien la technique de la recommandation qui permet de concilier la direction totalitaire des conduites par les pouvoirs publics avec une marge indispensable d'initiative des gouvernés »<sup>1119</sup>. Si cet auteur adresse ce constat à propos du procédé de la recommandation, il semble pertinent d'élargir son analyse au recours à tout procédé non autoritaire<sup>1120</sup>. Dans cette optique de recherche d'efficacité et de préservation de la liberté individuelle, la police et ses procédés disciplinaires apparaissent comme les plus adaptés à produire une « soumission librement consentie »<sup>1121</sup>, donc *a priori* tout aussi efficace et, en tout état de cause, bien moins coûteuse qu'un procédé plus autoritaire.

En soi, l'obligation mise à la charge par l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 pour tout auteur d'un traitement de données personnelles d'en assurer la sécurité et la confidentialité constitue une

relativité des droits et libertés de chacun dans une société d'individus libres et égaux en droit, voir *infra*, §2.

1117 FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Rec. Dalloz*, 2008, n° 1, p. 31.

1118 Voir *infra*, §2.

1119 AMSELEK Paul, *op. cit.*, p. 288.

1120 FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, p. 34 : « On devrait aussi savoir qu'il ne suffit pas d'être persuadé de vouloir pour être libre et autonome. L'une des techniques les plus classiques de manipulation, remise au jour dans le monde du travail et aussi dans les prisons, consiste d'ailleurs à persuader les personnes qu'elles ont voulu ce qui arrive, et qu'elles n'ont donc à s'en prendre qu'à elles-mêmes s'il leur survient quelque chose de mal. L'acceptation volontaire de la norme n'est ainsi pas nécessairement moins oppressante, et elle est même au contraire l'un des objectifs du totalitarisme ».

1121 Il existe tout un courant de la psychologie sociale d'intéressant à ce type de phénomène, et dont une œuvre contemporaine nous paraît particulièrement représentative : JOULE Robert-Vincent, *La soumission librement consentie*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1998.

première forme de participation du contrôlé au contrôle de l'application de la loi. Mais cette participation du contrôlé au contrôle qui révèle une privatisation du régime de police administrative spéciale, parfois considéré comme un partage de la « charge de régulation » entre acteurs publics et privés<sup>1122</sup>, se manifeste plus encore dans le cadre des procédés de déclaration et d'autorisation préalables.

#### *a-2) La privatisation des procédures de déclaration préalable*

Il convient au préalable de rappeler l'ambivalence du procédé de la déclaration préalable, qui explique les hésitations, nombreuses d'un certain nombre d'auteurs à le classer soit dans les instruments du régime préventif, soit dans ceux du régime répressif. En effet, même dans la seule présentation classique de la police administrative, le régime de la déclaration préalable est considéré comme une « modalité particulière d'aménagement des libertés publiques : le législateur subordonne l'exercice d'une liberté à l'accomplissement d'une démarche près de l'autorité publique à laquelle le particulier fait connaître l'action projetée »<sup>1123</sup>. Si le régime de l'autorisation semble ainsi devoir constituer une technique préventive, le procédé de la déclaration préalable est plus ambivalent car susceptible de « déterminer tantôt un régime préventif, tantôt un régime répressif, tantôt un régime hybride selon la liberté qui est en cause »<sup>1124</sup>.

Deux raisons militent pour considérer également ce procédé comme appartenant valablement au champ répressif. Le premier est la modicité de l'opération, qui laisse le titulaire d'une liberté libre d'agir, que ce soit en conformité ou non avec le droit existant. Elle apparaît ainsi comme « une police « du moindre mal », une police destinée à éviter d'autres contrôles plus lourds »<sup>1125</sup>. Le second est que cette obligation d'information, pour l'essentiel de la puissance publique<sup>1126</sup>, peut tout aussi bien conduire à informer une autorité administrative que judiciaire. Tel est le cas par exemple dans l'hypothèse de l'article 7 de la loi du 29 juillet 1881, au terme de laquelle toute personne désirant publier « tout journal ou écrit périodique » doit adresser sa déclaration préalable au Parquet. Dans ce cas, « la finalité purement répressive est évidente »<sup>1127</sup>.

1122 FALQUE-PIERROTIN Isabelle, « Une CNIL de combat », in CNIL, Rapport d'activité 2011, p. 4 : « En quelques années, le numérique est devenu ambiant : avec la dématérialisation croissante des industries et des services, nous sommes passés d'un monde plutôt statique et national de fichiers à un univers de données, international, fluctuant et aux acteurs multiples. (...). Face à ce nouvel écosystème, ma priorité est de consolider une adaptation déjà engagée et faire entrer la CNIL dans l'ère numérique. Ce nouvel environnement ne peut plus être réguler comme avant. (...). Certes, nos pouvoirs de contrôle et de sanction sont puissants et nous n'hésiterons pas à y avoir recours en cas de besoin. Pour autant, ces instruments coercitifs ne peuvent suffire à mettre ce nouvel univers en état de droit. Nous ne pouvons plus en effet seulement affirmer des principes généraux et les contrôler *a posteriori*. Face à la complexité de l'écosystème numérique, l'enjeu du régulateur est de construire des relais. Des relais permettant d'associer et de responsabiliser les acteurs, publics ou privés, afin, *in fine*, de partager la charge de la régulation avec eux ».

1123 LIGNEAU Philippe, « Le procédé de la déclaration préalable », *RDP*, 1976, p. 681.

1124 MARTIN Pierre-Marie, « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », *AJDA*, octobre 1975, p. 437. La diversité des opinions doctrinales relevées par le professeur Pierre-Marie Martin, dans son article précité relatif à « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », trouve sa justification dans la modicité des obligations qui pèsent dans ce cadre sur le titulaire d'une liberté publique. Certes, cette déclaration constitue bien pour ce dernier une obligation préalable à tout exercice de cette liberté, justifiant ainsi sa classification comme une technique préventive.

1125 LIGNEAU Philippe, *op. cit.*, p. 682.

1126 MARTIN Pierre-Marie, *op. cit.*, p. 438 : « il y a régime de la déclaration préalable lorsque la législation dispose que la ou les personnes désireuses d'exercer une liberté publique doivent porter à la connaissance de la puissance publique certaines informations concernant l'exercice de cette liberté, bien qu'aucune autorisation ne soit juridiquement nécessaire ».

1127 MARTIN Pierre-Marie, *op. cit.*, p. 439.

L'« ambivalence de l'instrument » est largement soulignée : « valeur d'apaisement pour les particuliers épris de liberté, impression de sécurité pour le Pouvoir à la recherche de moyens de surveillance »<sup>1128</sup>.

Une telle ambivalence du procédé de la déclaration préalable, déjà perceptible dans le cadre des questions de police administrative, ne s'arrête pas là. En effet, la modicité de ce procédé en terme à la fois d'atteinte aux libertés et de production d'information pour les tiers, que ce soit une personne publique ou privée, justifie son emploi sous des appellations différentes, parfois pour le même dispositif, aussi bien en droit public qu'en droit privé, qui rendent compte d'une approche tantôt objectiviste, tantôt subjectiviste. Dans le premier, ce dispositif apparaît sous la dénomination de déclaration préalable ; dans le second, sous celle d'obligation d'information.

Cette ambivalence constitutive du procédé de la déclaration préalable justifie que l'on puisse évoquer une tendance à la privatisation des procédés d'information au sein du droit des données personnelles. Une telle tendance est originelle et conduit dans un premier temps à une lecture quelque peu différente de celle usuellement faite des obligations d'informations de l'auteur du traitement de données à l'égard de la personne fichée. Cette tendance n'est que prolongée et systématisée, dans un second temps, avec la loi du 6 août 2004 venue réformer celle du 6 janvier 1978<sup>1129</sup>, confortée en cela par les dispositifs prévus par la proposition de règlement de janvier 2012.

Dans le cadre du droit existant, l'institution du Correspondant Informatique et Libertés (ci-après « CIL ») ne correspond ni plus ni moins qu'à un procédé de privatisation des obligations déclaratives<sup>1130</sup>. Il ne saurait constituer « un simple correspondant de la CNIL mais il exercerait par une délégation implicite certains des pouvoirs de contrôle qui lui incombent »<sup>1131</sup>.

En droit français, ce procédé, importé du droit allemand, a fait son apparition avec la loi du 6 août 2004 transposant la directive 95/46 du 24 octobre 1995. Cette dernière prévoit dans son article 18, 2 la possibilité pour les Etats membres, au titre de la simplification de la notification préalable<sup>1132</sup>, de décharger le responsable du traitement d'une partie de ses obligations déclaratives s'il désigne un « détaché à la protection des données à caractère personnelles ». Au titre de cet article, sa mission peut notamment consister à « assurer, d'une manière indépendante, l'application interne des dispositions nationales prises en application de la présente directive », à « tenir un registre des traitements effectués par le responsable du traitement, contenant les informations visées à l'article 21 paragraphe 2 » et à garantir « que les traitements ne sont pas

1128 LIGNEAU Philippe, *op. cit.*, p. 684.

1129 TÜRK Alex, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 218, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 mars 2003, p. 43.

1130 COLLET Martin, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », in *Annales de la régulation*, Volume 1 (2006), LGDJ, p. 145 : « Le projet attaché à la mise en place de ces correspondants est donc transparent : il consiste en une forme d'externalisation de certaines des missions de contrôle *ex ante*, normalement dévolues à la CNIL. Bien que, juridiquement, la CNIL ne se départisse pas de ses compétences au profit d'un contrôleur privé (...), le mécanisme législatif aboutit bien à une certaine « privatisation » de l'action administrative. De plus (...) s'il est très commun que la puissance publique charge une personne privée d'assurer une mission de prestations de biens ou de services, il est plus singulier de confier de la sorte l'exercice d'une mission de contrôle, autrement dit une mission de police (administrative) spéciale ».

1131 Rapport Braibant, p. 104.

1132 L'expression, propre au droit de l'UE, ne doit pas tromper : elle ne désigne rien d'autre que ce qui est connu en droit public français comme la procédure de déclaration préalable.

susceptibles de porter atteinte faux droits et libertés des personnes concernées ».

Dans le cadre juridique actuellement en vigueur, la nomination d'un CIL au sein d'une institution publique ou privée est optionnelle. Elle n'en demeure pas moins intéressante pour les auteurs de traitements de données dans la mesure où une telle nomination entraîne, au terme de l'article 22 de la loi dite « informatique et libertés », la dispense d'une partie significative des obligations de déclaration préalable<sup>1133</sup>.

Cette première forme de privatisation de la fonction déclarative de la CNIL a vocation à être notablement étendue et systématisée dans la proposition de règlement de janvier 2012. Dans une optique de recherche d'efficacité systématique de l'action publique, le considérant 70 du projet proposé énonce clairement que : « La directive 95/46/CE prévoyait une obligation générale de notifier les traitements de données à caractère personnel aux autorités de contrôle. Or cette obligation génère une charge administrative et financière, sans pour autant avoir véritablement amélioré la protection des données. En conséquence, l'obligation générale de notification devrait être supprimée et remplacée par des procédures et des mécanismes efficaces ciblant plutôt les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers pour les droits et libertés des personnes concernées, du fait de leur nature, de leur portée ou de leur finalité. (...) »<sup>1134</sup>. L'allègement du coût pour les États membres des opérations de police des données personnelles s'opère par le report d'une partie du contrôle sur les personnes contrôlées. Le résultat attendu est alors celui d'un recentrage de l'État sur ses missions essentielles en la matière, conservant le principe de son action sur les questions les plus sensibles, procédant à son externalisation pour contrôler la conformité au droit des données personnelles des fichiers considérés comme *a priori* moins attentatoires aux droits et libertés de la personne fichée.

La réforme porte d'abord sur la systématisation et l'approfondissement du rôle du CIL. En effet, alors que dans le cadre juridique actuellement en vigueur, ce système demeure optionnel, il se trouve systématisé dans le cadre de l'article 35 du projet de règlement de janvier 2012<sup>1135</sup>. Cette systématisation s'analyse en une extension des procédures de contrôle interne au détriment des procédures de contrôle externe. Le délégué y est alors conçu, dans un rôle rappelant celui de représentant du personnel en droit du travail, comme devant être « associé d'une manière appropriée et en temps utile à toutes les questions relatives à la protection des données à

1133 Loi du 6 janvier 1978, dans sa version actuellement en vigueur, article 22 : « (...) III. - Les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi sont dispensés des formalités prévues aux articles 23 et 24, sauf lorsqu'un transfert de données à caractère personnel à destination d'un État non membre de la Communauté européenne est envisagé (...) ». Les articles 23 et 24, dont la nomination d'un CIL permet la dispense, sont ceux précisément relatifs aux obligations déclaratives incombant à tout auteur d'un traitement de données personnelles.

1134 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final, p.32. Cet objectif se retrouve également explicité dans la fiche financière législative annexée au projet, p. 112, qui énonce au titre des objectifs de cette proposition de règlement la volonté de « supprimer les coûts inutiles et de réduire la charge administrative ».

1135 Proposition de règlement de janvier 2012, article 35,1 : « 1. Le responsable du traitement et le sous-traitant désignent systématiquement un délégué à la protection des données lorsque: a) le traitement est effectué par une autorité ou un organisme publics; ou b) le traitement est effectué par une entreprise employant 250 personnes ou plus; ou c) les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des traitements qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique des personnes concernées ».

caractère personnel »<sup>1136</sup>. Il constitue ainsi pour les entreprises assujetties à ce type de contrôle une fonction-support obligatoire passé un certain seuil de nombre d'employés, ou en fonction de la nature juridique de l'institution ou du domaine de ses missions<sup>1137</sup>. Le projet de règlement lui assigne une mission de substitut fonctionnel de la CNIL en interne, qui passe par l'exercice de 8 missions distinctes<sup>1138</sup>. Ces dernières s'analysent au fond comme une délégation à des personnes privées des pouvoirs de contrôle de base de la CNIL, pour l'essentiel en matière déclarative. Par rapport au procédé de la déclaration préalable, dont il constitue une forme de privatisation, ce procédé présente, pour le Conseil d'État, un intérêt particulier : celui d'« assurer le respect de la loi de manière continue et pas seulement au stade de l'obligation formelle de déclaration »<sup>1139</sup>.

La réforme se caractérise en deuxième lieu par l'introduction en droit français du concept anglo-américain d'« *accountability* ». Le principe de ce mécanisme, s'il venait à être adopté, serait de contraindre chaque responsable d'un traitement de données personnelles et chaque sous-traitant en la matière à tenir à la disposition de la CNIL, à l'occasion d'un contrôle, une documentation claire et exhaustive retraçant l'ensemble des traitements exercés sous leur responsabilité<sup>1140</sup>.

1136 Proposition de règlement, article 36, 1.

1137 Proposition de règlement, article 35, 1 : « 1. Le responsable du traitement et le sous-traitant désignent systématiquement un délégué à la protection des données lorsque :

- a) le traitement est effectué par une autorité ou un organisme publics; ou
- b) le traitement est effectué par une entreprise employant 250 personnes ou plus;
- ou c) les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des traitements qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique des personnes concernées ».

1138 Proposition de règlement, article 37,1 : « Le responsable du traitement ou le sous-traitant confie au délégué à la protection des données au moins les missions suivantes :

- a) informer et conseiller le responsable du traitement ou le sous-traitant sur les obligations qui leur incombent en vertu du présent règlement et conserver une trace documentaire de cette activité et des réponses reçues;
- b) contrôler la mise en œuvre et l'application des règles internes du responsable du traitement ou du sous-traitant en matière de protection des données à caractère personnel, y compris la répartition des responsabilités, la formation du personnel participant aux traitements, et les audits s'y rapportant;
- c) contrôler la mise en œuvre et l'application du présent règlement, notamment en ce qui concerne les exigences relatives à la protection des données dès la conception, à la protection des données par défaut et à la sécurité des données, ainsi que l'information des personnes concernées et l'examen des demandes présentées dans l'exercice de leurs droits au titre du présent règlement;
- d) veiller à ce que la documentation visée à l'article 28 soit tenue à jour;
- e) contrôler la documentation, la notification et la communication, prévues aux articles 31 et 32, et relatives aux violations de données à caractère personnel ;
- f) vérifier que le responsable du traitement ou le sous-traitant a réalisé l'analyse d'impact relative à la protection des données, et que les demandes d'autorisation ou de consultation préalables ont été introduites, si elles sont requises au titre des articles 33 et 34;
- g) vérifier qu'il a été répondu aux demandes de l'autorité de contrôle et, dans le domaine de compétence du délégué à la protection des données, coopérer avec l'autorité de contrôle, à la demande de celle-ci ou à l'initiative du délégué à la protection des données;
- h) faire office de point de contact pour l'autorité de contrôle sur les questions liées au traitement, et consulter celle-ci, le cas échéant, de sa propre initiative ».

1139 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, pp. 177-178.

1140 Proposition de règlement de janvier 2012, Article 28 : « 1. Chaque responsable du traitement et chaque sous-traitant ainsi que, le cas échéant, le représentant du responsable du traitement, conservent une trace documentaire de tous les traitements effectués sous leur responsabilité.

2. La documentation constituée comporte au moins les informations suivantes: a) le nom et les coordonnées du responsable du traitement, ou de tout responsable conjoint du traitement ou de tout sous-traitant, et du représentant, le cas échéant; b) le nom et les coordonnées du délégué à la protection des données, le cas échéant; c) les finalités du traitement, y compris les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du

L'intérêt d'une telle obligation est alors de faciliter par principe un éventuel contrôle sur place et sur pièces de la CNIL, en n'imposant pas à ses contrôleurs une opération chronophage de récupération et de présentation analytique des informations telle qu'elle peut incomber par exemple aux contrôleurs de l'administration fiscale dans le cadre d'une vérification de comptabilité ou d'un examen contradictoire de la situation fiscale des personnes physiques.

En troisième lieu, le report sur la personne contrôlée des opérations de contrôle se traduit par la mise à la charge de cette personne d'une obligation de « notification à l'autorité de contrôle d'une violation de données à caractère personnel »<sup>1141</sup>. L'automatisme de cette obligation d'information, qui s'apparente à une auto-déclaration en cas d'atteintes au droit des données personnelles, s'étend non seulement à l'autorité de contrôle en la matière, mais également à la ou les personnes à qui cette violation a porté préjudice<sup>1142</sup>.

Enfin, pèse sur l'auteur d'un traitement de données personnelles une obligation de fournir une analyse d'impact lors d'une demande d'autorisation préalable. Cette obligation s'analyse alors en un pré-traitement par la personne contrôlée de l'opération de contrôle préalable à réaliser par le contrôleur<sup>1143</sup>. Au regard des enjeux des traitements auxquels cette procédure est réservée, une telle proposition ne peut qu'appeler une critique comparable à celle qui a pu être formulée à l'égard de la libéralisation du droit européen de la concurrence<sup>1144</sup>. Est-il en effet bien utile, voire

traitement, lorsque le traitement se fonde sur l'article 6, paragraphe 1, point f); d) une description des catégories de personnes concernées et des catégories de données à caractère personnel s'y rapportant; e) les destinataires ou les catégories de destinataires des données à caractère personnel, y compris les responsables du traitement auxquels les données à caractère personnel sont communiquées aux fins de l'intérêt légitime qu'ils poursuivent; f) le cas échéant, les transferts de données vers un pays tiers ou à une organisation internationale, y compris le nom de ce pays tiers ou de cette organisation internationale et, dans le cas des transferts visés à l'article 44, paragraphe 1, point h), les documents attestant l'existence de garanties appropriées; g) une indication générale des délais impartis pour l'effacement des différentes catégories de données; h) la description des mécanismes prévus à l'article 22, paragraphe 3.

3. Le responsable du traitement et le sous-traitant ainsi que, le cas échéant, le représentant du responsable du traitement mettent la documentation à la disposition de l'autorité de contrôle, à la demande de celle-ci. (...). ».

1141 Proposition de règlement de janvier 2012, article 31,1 : « En cas de violation de données à caractère personnel, le responsable du traitement en adresse notification à l'autorité de contrôle sans retard injustifié et, si possible, 24 heures au plus tard après en avoir pris connaissance. Lorsqu'elle a lieu après ce délai de 24 heures, la notification comporte une justification à cet égard ».

1142 Proposition de règlement de janvier 2012, article 32,1 : « 1. Lorsque la violation de données à caractère personnel est susceptible de porter atteinte à la protection des données à caractère personnel ou à la vie privée de la personne concernée, le responsable du traitement, après avoir procédé à la notification prévue à l'article 31, communique la violation sans retard indu à la personne concernée. ».

1143 Proposition de règlement de janvier 2012, article 33,1 : « Lorsque les traitements présentent des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, le responsable du traitement ou le sous-traitant agissant pour le compte du responsable du traitement effectuent une analyse de l'impact des traitements envisagés sur la protection des données à caractère personnel » et 33,3 : « 3. L'analyse contient au moins une description générale des traitements envisagés, une évaluation des risques pour les droits et libertés des personnes concernées, les mesures envisagées pour faire face aux risques, les garanties, mesures de sécurité et mécanismes visant à assurer la protection des données à caractère personnel et à apporter la preuve de la conformité avec le présent règlement, en tenant compte des droits et intérêts légitimes des personnes concernées par les données et des autres personnes touchées ».

1144 PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien - Lextenso Editions, 2013, pp. 461-462 : « L'auto-évaluation permet à la Commission et aux opérateurs de faire l'économie d'une procédure de notification. (...). Un débat intéressant s'est formé autour de la question de savoir si l'auto-évaluation constitue une évolution opportune du droit européen de la concurrence. Dans l'absolu, les sujétions qu'elle impose aux entreprises n'ont rien de choquant : dans l'exercice habituel de leur commerce, les agents économiques doivent veiller à

pertinent, de laisser à l'auteur potentiel d'un traitement de données personnelles comportant de forts risques en termes d'atteintes aux droits et libertés de la personne fichée<sup>1145</sup> le soin de participer ainsi à la procédure qui conduira l'autorité de police à admettre ou refuser l'exercice de sa liberté de traitement ? Si un tel procédé devait être définitivement adopté, nul ne doute qu'il sera à l'origine, dans un contexte de recherche d'efficacité des opérations de police des données personnelles, de cas dans lesquels le contrôleur aura tout intérêt à ne pas contester ni approfondir de lui-même la déclaration du contrôlé pour gagner lui-même du temps.

### *a-3) La privatisation des procédures d'autorisation préalable*

Dans le régime initial de la loi du 6 janvier 1978, certains traitements de données personnelles ne pouvaient être accomplis qu'après autorisation de la CNIL. La directive 95/46 du 24 octobre 1995 a fait évoluer ce régime législatif sur bien des aspects, mais le plus innovant est bien celui consistant à substituer à l'autorisation préalable de la CNIL l'autorisation préalable de la personne fichée, dans la mesure où le consentement de la personne fichée donne légitimité au traitement des données personnelles la concernant. Contrairement à une opinion dominante qui tend à y voir un signe fait en faveur d'une protection accrue des droits et libertés de la personne fichée<sup>1146</sup>, l'introduction du consentement au sein des instruments relatifs aux données personnelles vise davantage à faciliter l'exercice effectif de la liberté de traitement de données nominatives par les auteurs de traitements que de constituer une garantie pour la personne fichée. Ce constat résulte à la fois des implications propres au consentement que de la facilité avec laquelle il est possible de s'en dispenser.

L'introduction du consentement en droit des données personnelles doit d'abord être observée,

respecter une nuée de règles de droit d'origine diverses (droit des contrats, de la consommation, droit financier, etc.). Elle serait même souhaitable. L'effet préventif spontané de la norme juridique limite les coûts d'administration des règles à charge des autorités et juridictions.

Ceci étant, le degré de sécurité juridique offert aux praticiens est directement affecté. Ce constat a été dressé par de nombreux praticiens, qui se sont émus de la disparition de la notification préalable.

Il y a selon nous, un obstacle dirimant à la fiabilité des auto-évaluations que réalisent les entreprises. Sous l'influence, sans doute heureuse, de la théorie économique, le droit matériel de la concurrence s'est transformé en une matière factuelle, casuistique et complexe. Des erreurs sont envisageables, et il est permis de douter que l'analyse économique qui s'impose dans le cadre de l'auto-évaluation soit à la portée de toute entreprise ».

1145 Proposition de règlement de janvier 2012, article 33,2, détaillant les types de traitements de données éligibles à une telle procédure : « Les traitements présentant les risques particuliers visés au paragraphe 1 sont notamment les suivants :

a) l'évaluation systématique et à grande échelle des aspects personnels propres à une personne physique ou visant à analyser ou à prévoir, en particulier, la situation économique de ladite personne physique, sa localisation, son état de santé, ses préférences personnelles, sa fiabilité ou son comportement, qui est fondée sur un traitement automatisé et sur la base de laquelle sont prises des mesures produisant des effets juridiques concernant ou affectant de manière significative ladite personne;

b) le traitement d'informations relatives à la vie sexuelle, à la santé, à l'origine raciale et ethnique ou destinées à la fourniture de soins de santé, à des recherches épidémiologiques ou à des études relatives à des maladies mentales ou infectieuses, lorsque les données sont traitées aux fins de l'adoption de mesures ou de décisions à grande échelle visant des personnes précises;

c) la surveillance de zones accessibles au public, en particulier lorsque des dispositifs opto-électroniques (vidéosurveillance) sont utilisés à grande échelle;

d) le traitement de données à caractère personnel dans des fichiers informatisés de grande ampleur concernant des enfants, ou le traitement de données génétiques ou biométriques; e) les autres traitements pour lesquels la consultation de l'autorité de contrôle est requise en application à l'article 34, paragraphe 2, point b) ».

1146 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 1.

pour en découvrir la signification, à la lumière d'un ordre juridique où il constitue déjà une modalité privilégiée de mise en œuvre du droit des données personnelles : celui des États-Unis.

1147

1148

1149

1150

- 1147 HIRSHLEIFER Jack, The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, *The American Economic Review*, Vol. 61, No. 4 (Sept., 1971), pp. 561-574 ; POSNER A. Richard, The right of privacy, *Georgia Law Review*, Vol. 12, Spring 1978, n°3, pp. 393-422; POSNER A. Richard, An economic theory of privacy, *Regulation*, may/june 1978, pp. 19-26 ; POSNER A. Richard, The Economics of Privacy, *American Economic Review*, Vol. 71, 1981, n° 2, pp. 402-409 ; STIGLER J. George, An Introduction to Privacy in Economics and Politics, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 4, The Law and Economics of Privacy (Dec., 1980), pp. 623-644.
- 1148 BRAIBANT Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, p. 114 : Guy Braibant résume ainsi cette différence d'approche : « les principes européens sont très différents de ceux des États-Unis. Ceux-ci se sont préoccupés aussi de la protection des données personnelles. Mais leur approche est fondée sur l'autorégulation assortie de sanctions privées et la nôtre sur l'intervention du législateur et la mise en place d'autorités publiques contrôlées par les tribunaux ».
- 1149 SCHWARTZ M. Paul, « Property, Privacy and Personal Data », *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 7 (May, 2004), p. 2056: « Personal information is an important currency in the new millennium. The monetary value of personal data is large and still growing, and corporate America is moving quickly to profit from this trend » et p. 2057 « Moreover, a strong conception of personal data as a commodity is emerging in the United States, and individual Americans are already participating in the commodification of their personal data ».
- 1150 RICKERT Benjamin, « Data Privacy and Institutional Decision Makers: A Study of U.S. And EU Approaches », *Tilburg Foreign Law Review*, Vol. 11, Issue 1 (2003-2004), p. 467: « Europeans tend to view privacy legislation as an important part of social protection. Under the civil law tradition the state creates law in order to protect the citizen. Rights, therefore, have their origin in the state. This conception of rights necessitates the state legislating privacy in order to protect citizens' rights. This contrasts with the U.S. Conception of rights where rights exist as a part of natural law, and the state must not interfere with those rights » et p. 473: « In simple terms, the US favors the market as a decision maker whereas the EU prefers legislative institutions ».



- 1151 *Ibid.*, p. 464: « Traditionnaly, the United States has allowed the market to regulate privacy. This philosophy has both historical and pragmatic origins. Historically, the U.S. has been concerned with an intrusive Federal government that infringes on the rights of States and individuals. On the pragmatic side, the U.S. Firmly believes that businesses will respond to consumers' concerns about privacy to continue being profitable. Through this approach, consumers give incentive to compaignies to have greater privacy protection. Companies may recongize that consumers value privacy and are willing to pay for it, or companies may see a competitive advantage bu offering greater privacy protection ».
- 1152 Pour une critique précoce et systématique de l'absolutisme de ce principe en droit privé, voir GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Arthur Rousseau, 1912.
- 1153 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 1.
- 1154 SCHWARTZ M. Paul, « Internet Privacy and the State », *op. cit.*, p. 821: « As a policy cornerstone, however, privacy-control falls into the "autonomy trap." By this term, I wish to refer to a cluster of related consequences flowing from the reliance on the paradigm of control of personal data in cyberspace: (1) the strong limitations existing on informational self-determination as it is construed at present; (2) the fashion in which individual autonomy itself is shaped by the processing of personal data; and (3) the extent to which the State and private entities remove certain uses or certain types of personal data entirely from the domain of two-party negotiations ».
- 1155 SIMON Herbert, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 72 et ss.
- 1156 SCHWARTZ M. Paul, « Internet Privacy and the State », *op. cit.*, pp. 822-823: « Beyond information asymmetries and the collective action problem, another limitation on the choice-making of individuals in cyberspace concerns bounded rationality. In particular, when faced with standardized terms, individuals left by privacy-control to fend for themselves will frequently accept whatever industry offers them. As scholarship in behavioral economics has demonstrated, consumers' general inertia toward default terms is a strong and pervasive limitation on free choice » ; SCHWARTZ M. Paul, « Property, Privacy and Personal Data », *op. cit.*, p. 2084:« Finally, the phenomenon of "bounded rationality" means that many consumers will accept whatever terms that data processors offer for their personal information. Behavioral economics scholarship has demonstrated that

1157

1158

1159

1160

1161

consumers' general inertia toward default terms is a strong and pervasive limitation on free choice'. Propertization may therefore benefit those who have greater power in the existing privacy market - the parties who collect, process, and transfer personal data. Because the gatherers have greater power to set the terms of the bargain and to shape the playing field that guides individual decisions, at the end of the day negotiations in the privacy market may fall short ».

- 1157 SCHWARTZ M. Paul, « Internet Privacy and the State », *op. cit.*, p. 825: « In this fashion, privacy-consent neglects the actual conditions of choice regarding the processing of personal information, and permits notice to become an alibi for "take-it-or-leave-it" data processing. Notice is emerging as the cornerstone for a legal fiction of implied consent on the Internet. A given course of conduct is said to signal acquiescence and, therefore, implied consent. Such acquiescence is considered to exist because one has surfed beyond the home page of a Web site with a link to a privacy policy. The autonomy trap seizes on the idea of such "notice" to create a legal fiction of consent ».
- 1158 RICKERT Benjamin, *op. cit.*, p. 466: « While law makers and businesses are supposedly making efforts to improve consumer privacy, many consumers have found that taking steps to protect privacy are just as frustrating as the extra junk mail they receive from the marketing of their personal information. While many privacy policies give consumers the choice of how their information can be used, the general feeling is that there is no choice at all. The choice is almost always an opt out choice, meaning a consumer would have to take a positive step to ensure that their personal information is not being sold or distributed to other sources ».
- 1159 SCHWARTZ M. Paul, « Internet Privacy and the State », *op. cit.*, pp. 826-827: « Health care information forms do not *inform* for consent; instead, they help to create a process of *uninformed, coerced agreement* to all future data use. The parallel with the "Privacy Notice" on the Internet is clear. While few individuals are in pain while surfing the Web, the same element of take-it-or-leave-it consent to personal data processing found in the health care environment is also present in cyberspace. Since it is difficult to identify Web sites with good privacy policies as opposed to those with bad ones, the clearest privacy choice is between staying off the Internet or surrendering one's privacy by going on it ».
- 1160 LEPAGE Agathe, « Consentement et protection des données à caractère personnel », in GIROT Jean-Luc (dir.), *Le harcèlement numérique*, Dalloz, 2005, p. 237: « Elles sont donc nombreuses ces dispositions de la loi nouvelle qui assortissent un principe d'interdiction d'une réserve immédiate tenant en l'existence du consentement de la personne. L'esprit du système de l'*opt-in* imprègne ainsi la loi nouvelle, dans le souci de garantir le mieux possible la protection de la personne ».
- 1161 SCHWARTZ M. Paul, « Property, Privacy and Personal Data », *op. cit.*, p. 2076: « The emerging verdict of many

1162

1163

1164

1165

privacy scholars is that existing markets for privacy do not function well. Due to such market failures, which are unlikely to correct themselves, proprietization of personal information seems likely to lead to undesired results - even to a race to the bottom as marketplace defects lead competitors to take steps that are increasingly harmful to privacy ».

1162 REIDENBERG R. Joël, « E-commerce and trans-atlantic privacy », *Houston Law Review*, 2001, p. 722.

1163 *Ibid.*, p. 727: « As a practical matter, most Web privacy notices are nothing more than confusing nonsense for the average American citizen. Policies are often found only through obscure links buried at the bottom of a Web page and are routinely made "subject to change." Once found, a linguistic analysis of the policies of ten major Web sites affected by data scandals shows that readers will not be able to understand the privacy statements without at least a college education and many could not be understood without a post-graduate education. In fact, privacy policies are practically impossible to draft at a reading level most Americans can comprehend. Self-regulation, thus, denies the average American citizen an opportunity to make informed choices and reserves privacy for the nation's college educated citizens ».

1164 GOUNOT Emmanuel, *op. cit.*, pp. 15-16. Et l'auteur de poursuivre : « Sous ces prétendus contrats, nous découvrons en réalité l'acte d'une puissance économique et juridique qui édicte une charte générale, une sorte de « loi collective » et la propose à ce personnage nouveau qui joue un si grand rôle sur la scène du monde : le public. C'est ensuite à chacun de ceux, en nombre indéterminé, que cette loi collective intéresse, à lui donner ou à lui refuser en bloc son adhésion, à se placer sous son empire ou à rester à l'écart. C'est à prendre ou à laisser. Et si on ne « laisse » pas, si pour une raison ou pour une autre, peut-être parce qu'on ne peut pas faire autrement, on « prend », alors on est censé tout prendre, tout, c'est à dire les longs et minutieux articles du règlement d'atelier, les clauses si hérissées de pièges des polices d'assurances, les innombrables dispositions affichées dans les gares ».

1165 Un tel constat est unanimement posé dans les derniers travaux de recherche spécialisés en la matière: LESAULNIER Frédérique, *L'information nominative*, thèse, Paris II, 2005 ; LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, Montpellier 1, 2008 ; EYNARD Jessica, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2011.

1166

1167

1168

1169

1170

1166 RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 602: « la distinction entre la divulgation obligatoire de certaines données et celle qui est subordonnée au consentement préalable de la personne intéressée ne laisse pas d'être singulièrement artificielle. Celui qui a besoin d'un emploi ou d'un crédit ou ont le patrimoine est géré à travers un réseau bancaire informatisé a-t-il le choix de contracter à d'autres conditions que celles qui emportent nécessairement l'abandon d'une part appréciable de son droit de déterminer lui-même ce qu'il entend communiquer à autrui? ». Pour un constat similaire, opéré dans le cadre d'une étude récente et particulièrement détaillée, voir COHEN Dany, « Ampleur et qualités du consentement donnée par clic de souris », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, p.3 : « C'est lors de ces étapes que le consentement qu'expriment les clics qui ponctuent sa navigation est, sur certains points, contraint : sur nombre de sites, le fait de ne pas consentir à telle ou telle chose – pourtant non indispensable à la transaction qui se prépare – ou de ne pas transférer telle ou telle donnée (par exemple un numéro de téléphone dont, eu égard à l'achat de bien ou de services envisagé, l'opérateur n'a nul besoin) va empêcher l'internaute de poursuivre normalement sa navigation. Cliquer pour donner son accord constitue alors un point de passe obligé et non l'expression d'un consentement libre.

Sans doute objectera-t-on que dans tous les contrats d'adhésion – ce que sont les conventions conclues en ligne – la partie faible doit inévitablement en passer par les conditions qu'impose la partie forte. L'objection n'est pas pertinente : dans le contrat d'adhésion, c'est à l'instant où je consens à contracter que mon consentement emporte adhésion à toutes les stipulations qu'impose la partie forte ; en ligne, en revanche, ces pré-consentements à telle ou telle chose sont exigés en amont de la décision finale de contracter dont ils sont indépendant et constituent donc des préalables, sur lesquels il ne sera pas possible de revenir si in fine le contrat n'est pas conclu.

Tel est le cas des informations souvent surabondantes que certains sites exigent ».

1167 LOISEAU Grégoire, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *CCE*, juillet-août 2012, p. 30.

1168 *Ibid.*, p. 31: « Le caractère contractuel des règles relatives au traitement des données personnelles n'est pas au demeurant une question indifférente car ces règles, à y bien regarder, servent davantage les intérêts du media social qu'elles n'assurent une réelle protection des utilisateurs ».

1169 *Ibid.*, p. 31: « La formule est récurrente: en publiant ou affichant des contenus au moyen de services du réseau social, l'utilisateur accorde au media social une licence mondiale non-exclusive, transférable et sous-licenciable et sans redevance, pour utiliser ces contenus ».

1170 COHEN Dany, « Ampleur et qualités du consentement donnée par clic de souris », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, p.4 : « Chacun sait qu'il n'est possible de conclure une transaction en ligne qu'à condition d'avoir préalablement manifesté par un clic son adhésion à une formule qui énonce que l'on a pris connaissance des CGU [conditions générales d'utilisation] et qu'on les accepte. Chacun d'entre nous ayant expérimenté le fait de cliquer sur cette case sans avoir lu lesdites conditions générales, ce clic de connaissance prise travestit la réalité ».

1171

1172

1173

Le consentement à un traitement de données personnelles emporte donc un effet libératoire, mais uniquement à l'égard du titulaire de la liberté de traitement, et non à l'égard de la personne fichée. Son introduction au sein des instruments relatifs aux données personnelles ne peut alors s'analyser que comme une privatisation de la procédure d'autorisation administrative préalable, dans le cadre de la libéralisation constante de ce régime juridique.

Au delà du caractère équivoque de la garantie que constituerait le consentement de la personne fichée, celui-ci fait l'objet de multiples exceptions<sup>1174</sup>, confirmant qu'il est davantage une garantie de la liberté de traitement de ces informations qu'une garantie de la personne fichée.

1175

1171 COHEN Dany, *op. cit.*, pp.4-5.

1172 *Ibid.*, p. 32.

1173 Directive 95/46, articles 68 « Le responsable d'un traitement ne peut transférer des données à caractère personnel vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne que si cet État assure un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet [...] » et 69: « Toutefois, le responsable d'un traitement peut transférer des données à caractère personnel vers un État ne répondant pas aux conditions prévues à l'article 68 si la personne à laquelle se rapportent les données a consenti expressément à leur transfert ou si le transfert est nécessaire à l'une des conditions suivante [...] ».

1174 Le phénomène n'est pas propre au droit des données personnelles. Ainsi, le consentement à l'atteinte à sa vie privée constitue-t-il pour certains auteurs une garantie tout aussi théorique et illusoire, au regard du grand nombre des exceptions permettant de s'en dispenser. RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, n° 1-1: « dans une société qui forme un marché d'échange généralisé il n'est guère de biens de la personnalité qui ne puissent, avec le consentement du sujet, se transformer en valeur patrimoniale... La protection qui est apportée par la loi à la vie privée est entourée d'exceptions tellement nombreuses et indéterminées que le prétendu droit subjectif à la vie privée est une caricature illusoire des droits subjectifs traditionnels ».

1175 Loi n°78-17, dans sa version en vigueur, article 7.

1176

1177

1178

1179

1180

De tout ce qui précède, il résulte que l'évolution post-moderne du régime applicable dans l'ordre juridique français de police administrative des données personnelles est particulièrement avancée, impliquant une participation toujours plus grande du contrôlé à son propre contrôle. Cette évolution constitue la trame principale de cette « post-modernité », seulement complétée par l'introduction de procédés extra-juridiques au sein de ce régime de police.

1176 LEPAGE Agathe, *op. cit.*, p. 244: « Le consentement se trouve ainsi âprement concurrencé par des exceptions nombreuses certes, mais aussi, et c'est surtout là que réside la menace, par cette notion à contenu variable et potentiellement très large de « l'intérêt légitime » du responsable du traitement ou du destinataire ».

1177 LEPAGE Agathe, *op. cit.*, p. 242.

1178 FRAYSSINET Jean, « Le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel : constantes et nouveautés », *CCE*, janvier 2002, p. 12.

1179 LEPAGE Agathe, *op. cit.*, p. 241.

1180 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2. En effet, il convient de rappeler que l'abus de droit se caractérise par l'absence d'intérêt légitime à l'exercice d'un droit ou d'une liberté. Voir à cet égard HAURIOU Maurice, « Police juridique et fond du droit », *RTDCiv.*, 1926, pp. 308-309 ; et BRETHER DE LA GRESSAYE, Note au Sirey, 1925, 2, 217.

## b) Des modalités de contrôle extra juridiques

La post-modernité du droit des données personnelles se traduit, de façon plus accessoire, par le développement de procédés non juridiques ayant pour objet d'accroître la liberté des auteurs de traitements tout en augmentant l'effectivité du contrôle du respect des règles en la matière.

Un premier procédé consiste à amoindrir jusqu'à la diluer la force obligatoire du droit, voire à l'estomper totalement afin de lui permettre de s'appliquer à des objets qui resteraient, dans le cadre d'une police classique, non touchés par la règle de droit<sup>1181</sup>(b-1). Mais il existe un deuxième procédé, plus controversé, qui permet d'atteindre une application à peu de chose parfaite de la règle de droit ; il consiste à abandonner l'idée de modeler les conduites par la règle de droit pour inscrire le droit dans la technique (b-2).

### *b-1) Le recours au droit mou*

L'« amollissement »<sup>1182</sup> du droit des données personnelles trouve également, dans cette même veine d'inspiration néo libérale, à passer par le canal de la norme souple<sup>1183</sup>, quand ce n'est pas de l'autorégulation pure et simple.

En droit des données personnelles, un tel amollissement s'exprime d'abord par l'importance des avis facultatifs rendus par la CNIL ; avis qu'elle a toujours eu la faculté de rendre publics<sup>1184</sup>. Elle doit en outre présenter chaque année un rapport annuel<sup>1185</sup>. Ce contrôle de nature plus politique que juridique est présenté, à tort à notre avis, comme la fonction première de la CNIL jusque dans le texte même de la loi du 6 janvier 1978. En effet, ce type de contrôle s'avère particulièrement développé en droit des données personnelles, et ce depuis l'origine de la loi dite « informatique et libertés » car il consacre depuis lors ce que l'on pourrait concevoir légitimement comme une dualité de fonction de la CNIL: d'une part un contrôle de type administratif sur l'exercice de la liberté de traitement des données personnelles ; d'autre part, un contrôle de type politique ayant pour objet l'information des citoyens à l'égard des risques que font peser les autorités

1181 COLLET Martin, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », *op. cit.*, p. 146 : « En somme, la « privatisation » du contrôle doit permettre une meilleure efficacité dans la mise en œuvre de la règle, dont le contenu (...) est absolument préservé. On retrouve ici la logique qui a présidé au développement des procédés d'intervention non impérative de l'administration : tout comme l'assouplissement des outils juridiques doit accroître leur efficacité, la privatisation de certaines opérations de contrôle a vocation à garantir une meilleure effectivité des dispositions légales, en renforçant la proximité entre contrôleur et contrôlé ».

1182 *Ibid.*, p. 129.

1183 Le Conseil d'État propose une définition du droit souple « qui regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives :

- ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit » ( *Le droit souple*, étude annuelle 2013, La Documentation Française, 2013, p. 9).

1184 Pour la CNIL : Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, articles 26 et 27 dans le cadre de l'autorisation de traitements de données réputés parmi les plus liberticides comme ceux intéressant la sûreté de l'État, ceux ayant pour objet la prévention ou la répression des infractions pénales, ceux mettant en œuvre une interconnexion de fichiers ou utilisant un numéro identifiant unique...

1185 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 11,4, d, dernier alinéa : « La commission présente chaque année au Président de la République, au Premier ministre et au Parlement un rapport public rendant compte de l'exécution de sa mission ».

administratives sur leur droits et libertés. Une telle dualité de mission se trouve imparfaitement consacrée dans l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978, qui dispose que « la Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante. Elle exerce les missions suivantes : 1° Elle informe toutes les personnes concernées et tous les responsables de traitements de leurs droits et obligations ; 2° Elle veille à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi ». La mission de contrôle politique est incluse dans la mission d'information énoncée dans le premier point. La mission de contrôle administratif est désignée en partie par le premier point et, dans son ensemble, par le deuxième.

Ce contrôle par le biais de normes souples peut être envisagé dans son aspect politique comme, dans son aspect administratif d'exécution des lois, dans une perspective de contrôle non contraignant de la légalité.

Dans le premier cas, cette mission d'information publique peut être vue comme faisant de la CNIL la « conscience sociale » de la société à la place de la représentation nationale. En effet, la CNIL, au titre de ses missions, « se tient informée de l'évolution des technologies de l'information et rend publique le cas échéant son appréciation des conséquences qui en résultent pour l'exercice des droits et libertés mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> »<sup>1186</sup>. Elle agit alors comme une commission parlementaire spécialisée et son rôle peut être perçu comme similaire, toutes choses étant égales par ailleurs, avec la mission d'aide à la décision de la Cour des comptes au Parlement, dans la matière tout aussi technique du droit budgétaire, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>1187</sup>. Dénué de portée juridique, ce contrôle a en revanche un fort retentissement politique, par la publicité des avis de la CNIL, le cas échéant publiés en même temps que l'acte réglementaire autorisant le traitement de données controversé. Toutefois, la portée réelle de ce type de contrôle se laisse malaisément cerner. Certes, dans une matière aussi sensible que les droits et libertés fondamentales, le pouvoir de rendre public ses avis ne peut dans l'absolu être considéré comme totalement inefficace. Une telle présomption d'efficacité justifie ainsi son attribution, dans la matière des droits et libertés, à cette autorité administrative indépendante plus récente qu'est le Contrôleur général des lieux de privation de liberté<sup>1188</sup>. Mais l'impact d'un tel procédé n'est pas absolument pas quantifiable, son efficacité doit être considérée avec prudence.

Sous l'angle du contrôle de la légalité, il est possible de caractériser ce pouvoir de prendre des positions publiques comme un contrôle de l'administration sur elle-même ou « endocontrôle », similaire dans sa finalité à ceux existant en matière budgétaire et comptable, en ayant pour objet de diminuer en amont « les risques de sanctions juridictionnelles et politiques » encourus par l'administration<sup>1189</sup>. Ce type de contrôle préventif de l'irrégularité de l'action administrative est d'autant plus utile qu'il intervient, à l'instar des contrôles budgétaires et comptables, dans des

1186 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 11,4.

1187 Constitution de 1958, article 47-2: « La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens. (...) ».

1188 Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, article 1 : « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, autorité indépendante, est chargé, sans préjudice des prérogatives que la loi attribue aux autorités judiciaires ou juridictionnelles, de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux. Dans la limite de ses attributions, il ne reçoit instruction d'aucune autorité ». Un pouvoir de rendre des avis lui est reconnu dans l'article 9 de cette loi, ainsi que de celui de rendre un rapport public, dans son article 11.

1189 DAMAREY Stéphanie, *Exécution et contrôle des finances publiques*, Gualino, 2007, p. 115.

domaines particulièrement techniques et dans lesquels une erreur de l'administration est susceptible d'avoir par principe une certaine publicité. Le contrôle exercé par les avis de la CNIL se distingue toutefois des contrôles exercés notamment par le comptable public sur l'ordonnateur, à raison de l'absence totale d'incidence juridique qu'il peut avoir sur l'exercice de la liberté de traitement des données personnelles<sup>1190</sup>.

Depuis la directive 95/46 du 24 octobre 1995, ce type de contrôle est en outre prolongé, en droit de l'Union, par l'action du « Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel », plus communément et familièrement dénommé « groupe de l'article 29 » en référence à l'article de cette directive qui l'a instituée. Au terme de cet article, cette institution est indépendante mais purement consultative. Au terme de l'article 30 de cette directive, ce groupe a pour fonction principale, d'une part, le conseil à la demande des institutions européennes et des États membres en matière de droit des données et, d'autre part, l'émission d'avis et de recommandations de son propre chef sur des questions liées au droit des données.

Enfin, au titre de la « coopération entre la CNIL et tous les organismes susceptibles de détenir des données à caractère personnel » prônée par l'ex président de la CNIL, Alex Türk, à l'occasion de la transposition de la directive 95/46 en droit français par la loi du 6 août 2004<sup>1191</sup>, on trouve en bonne place des procédés comme la labellisation, les codes de conduite<sup>1192</sup> ou, pour ce qui concerne la police internationale des données personnelles, l'homologation de règles privées d'entreprises présumées être contraignantes, les *Binding corporate rules*. La validation par la CNIL de l'ensemble de ces procédés d'autorégulation constitue une des missions explicites de cette institution depuis la loi du 6 août 2004<sup>1193</sup>.

#### *b-2) Le recours à la technique comme substitut à la règle de droit*

Dans son article 23, le Projet de règlement de janvier 2012 énonce des dispositions qui peuvent *a priori* paraître curieuses, étant relatives à la « Protection des données dès la conception et [à la] protection des données par défaut ». Ces mesures ont pour objet de contraindre l'auteur d'un

1190 Inversement, un refus de visa du comptable public ne constitue qu'une entrave temporaire et contournable par l'ordonnateur à la liberté de gestion de ce dernier.

1191 TÜRK Alex, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 218, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 mars 2003, pp.74-75.

1192 Voir par exemple directive 95/46, article 27.

1193 A la suite de cette dernière, l'article 11,3, de la loi du 6 janvier 1978 énonce désormais que : « 3° A la demande d'organisations professionnelles ou d'institutions regroupant principalement des responsables de traitements :  
a) Elle donne un avis sur la conformité aux dispositions de la présente loi des projets de règles professionnelles et des produits et procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel, ou à l'anonymisation de ces données, qui lui sont soumis ;  
b) Elle porte une appréciation sur les garanties offertes par des règles professionnelles qu'elle a précédemment reconnues conformes aux dispositions de la présente loi, au regard du respect des droits fondamentaux des personnes ;  
c) Elle délivre un label à des produits ou à des procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, après qu'elles les a reconnus conformes aux dispositions de la présente loi dans le cadre de l'instruction préalable à la délivrance du label par la commission. Le président peut, lorsque la complexité du produit ou de la procédure le justifie, recourir à toute personne indépendante qualifiée pour procéder à leur évaluation. Le coût de cette évaluation est pris en charge par l'entreprise qui demande le label »

traitement de données personnelles à choisir des procédés technologiques permettant, par défaut, sans que ni la personne fichée n'ait à exercer ses droits, ni l'autorité de police à intervenir, d'assurer le respect de la réglementation relative aux données personnelles. Elles habilitent également la Commission européenne à adopter des normes techniques à cet effet<sup>1194</sup>.

Ce faisant, les auteurs de ce projet font leur l'idée de la régulation par la technique théorisée par l'auteur américain Lawrence Lessig. A la fin du dernier millénaire, cet auteur observe la réalité de l'application du droit sur le réseau internet d'alors, et en déduit l'existence complémentaire de quatre types de régulation<sup>1195</sup>.

Pour résumer sa pensée, le comportement dans le monde réel serait régulé par quatre types de contraintes. Certes, la loi est la plus connue et la plus palpable, elle ordonne aux personnes de se comporter d'une certaine façon sous contrainte d'une punition *ex post facto*. En ce sens, la loi régule. Les normes sociales forment le second groupe de contraintes. Comme exemple d'une norme sociale, le professeur Lessig écrit qu'il existe une norme selon laquelle nous pouvons acheter un journal, mais ne pouvons acheter un ami. De la même manière que la loi promet une punition à la suite d'un comportement illégal, une sanction peut s'ensuivre par suite d'une transgression à une norme sociale. Différence notable cependant, la sanction est appliquée, ou pas, de manière plus ou moins diffuse, par une collectivité et non par l'État. Mais, pour l'essentiel nous dit cet auteur, les normes sociales régulent. Les marchés constituent la troisième forme de contrainte, celle-ci s'exprimant par le prix. En déterminant la quantité de choses obtenues en retour d'une quantité donnée de choses ou de travail, le prix régule le comportement économique. Enfin, il existe une quatrième forme de contrainte du comportement, relevant de la réalité physique elle-même. C'est ce que le professeur Lessig appelle « architecture », et la série d'exemples qu'il donne est particulièrement éclairante. Ainsi, écrit-il, l'incapacité de voir au travers des murs empêche d'espionner ce qui se passe derrière. L'incapacité de lire les pensées est une contrainte au désir de savoir si on nous dit la vérité. Qu'un objet soit très lourd est une contrainte à la volonté de le voler. Qu'il y ait une voie ferrée séparant un quartier d'un autre quartier est une contrainte à la volonté des citoyens de s'intégrer. Appliquant le modèle au Cyberespace, Lessig explique que les mêmes contraintes interviennent, sauf que l'« architecture » du Cyberespace est formée de l'ensemble des programmes informatiques ou *software* sous-jacent à Internet, qu'il appelle « code », et qui constitue le type de régulation le plus adapté en l'espèce.

1194 Projet de règlement de janvier 2012, article 23 : « 1. Compte étant tenu des techniques les plus récentes et des coûts liés à leur mise en œuvre, le responsable du traitement applique, tant lors de la définition des moyens de traitement que lors du traitement proprement dit, les mesures et procédures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement soit conforme aux prescriptions du présent règlement et garantisse la protection des droits de la personne concernée.

2. Le responsable du traitement met en œuvre des mécanismes visant à garantir que, par défaut, seules seront traitées les données à caractère personnel nécessaires à chaque finalité spécifique du traitement, ces données n'étant, en particulier, pas collectées ou conservées au-delà du minimum nécessaire à ces finalités, pour ce qui est tant de la quantité de données que de la durée de leur conservation. En particulier, ces mécanismes garantissent que, par défaut, les données à caractère personnel ne sont pas rendues accessibles à un nombre indéterminé de personnes physiques.

3. La Commission est habilitée à adopter des actes délégués en conformité avec l'article 86, aux fins de préciser d'éventuels critères et exigences supplémentaires applicables aux mesures appropriées et aux mécanismes visés aux paragraphes 1 et 2, en ce qui concerne notamment les exigences en matière de protection des données dès la conception applicables à l'ensemble des secteurs, produits et services.

4. La Commission peut définir des normes techniques pour les exigences fixées aux paragraphes 1 ».

1195 LESSIG Lawrence, *Code and other laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999 et, du même auteur, *Code version 2.0*, Basic Books, 2006.

Cette pertinence de la régulation technologique, ou *Lex informatica* pour d'autres auteurs, vient de son efficacité présumée dans un contexte où la régulation juridique semble *a priori*, pour ces auteurs, mise en échec par les caractéristiques du réseau<sup>1196</sup>. Sans le savoir, ces auteurs marquent ainsi leur préférence pour ce qu'il faut bien se résoudre par appeler une police administrative technologique, dans la mesure où elle vise à résoudre préventivement, bien en amont même de tout commencement d'exercice de la liberté réglementée, d'éventuels troubles à l'ordre public. En effet, pour un de ces auteurs, « La *Lex Informatica* présente un autre atout par rapport à l'incertitude juridique : la *Lex Informatica* permet une exécution *ex ante* au lieu d'*ex post* »<sup>1197</sup>.

Le recours à la régulation par la structure intervient alors en complément d'une police administrative spéciale classique, dans des cas où l'aménagement d'une liberté paraît particulièrement difficile à réaliser pour la personne publique. À cet égard, il est frappant de constater que le seul autre domaine à notre connaissance où ce type de procédé est utilisé est celui des droits d'auteur<sup>1198</sup>. Il demeure toutefois un procédé controversé dans la mesure où il nie par principe le libre-arbitre des personnes auxquelles s'applique la règle de droit. Ainsi, les procédés de portique automatique à la RATP permettent, par l'automatisme, la rapidité et la violence d'ouverture et de fermeture des portiques, de s'assurer que la grande majorité de ses usagers est techniquement forcée d'être en règle. Sans le recours à la technique, un résultat équivalent tant en terme d'efficacité qu'en terme de violence à l'égard de l'utilisateur ne pourrait être atteint que par l'instauration d'un barrage avec contrôle étroit par des forces de police, y incluant le recours systématique à des sévices physiques en cas de franchissement trop lent de ce dispositif. La régulation par la technique, par ses effets, apparaît donc aussi efficace que controversée.

Il résulte de tout ce qui précède que le droit des données personnelles constitue une police administrative spéciale soumise à une forte et constante pression en vue de sa libéralisation. Mais l'arbre des mesures « postmodernes » qui accompagnent ces changements les plus récents ne doit pas cacher la forêt qu'est la structure fondamentalement policière de ce régime. Cet exemple concret d'évolution d'une police administrative spéciale implique une première rénovation de cette notion, qui passe par la relativisation, en matière policière, de la séparation entre droit public et droit privé.

1196 REIDENBERG R. Joël, « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le cyberspace », in *Les certitudes du droit/Certainties and the Law*, Ejan Mackaay (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 147 : « En même temps que l'importance du droit décroît, on observe une montée relative de la *Lex Informatica*. Dans l'incertitude juridique, les règles « organiques » de la technologie deviennent une source fiable de réglementation ».

1197 REIDENBERG R. Joël, op. cit., p. 148.

1198 Dans ce cadre, la liberté de recourir à de telles « mesures techniques » était encadrée par l'ex AMRT (Autorité de régulation des mesures techniques) avant que cette dernière ne soit intégrée dans la célèbre HADOPI. L'essentiel du régime de ces mesures techniques, qui visent par le recours à des procédés technologiques à assurer le respect des dispositions du droit d'auteur, se trouve dans le code de propriété intellectuelle, en son article L331-5 : Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre.

On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.(...) ».

## §2 – L'aménagement de la liberté de traitement des données personnelles dans l'ordre international

Les mesures relatives au contrôle des flux transfrontières de données personnelles s'analysent comme des instruments de police administrative externe, complétant ainsi les instruments de police administrative spéciale interne. En effet, dans les deux cas, l'objet de ces dispositions est la conciliation d'une liberté avec un certain nombre d'intérêts et de valeurs nécessaires à la vie en société. Or, l'identification de ces derniers demeure inchangé. La seule différence entre les volets interne et externe du droit des données personnelles est que le premier concilie avec ces valeurs et intérêts l'exercice de la liberté de traitement des données en droit interne, alors que le second concilie le même objet avec un exercice international de la même liberté.

Cette différence ne se traduit que dans la portée des décisions des autorités de police administrative spéciale. Ces deux volets d'une même police administrative spéciale trouvent leur fondement dans le droit interne pour protéger un ordre public local, mais seules les mesures ressortant de la police administrative externe ont une portée extraterritoriale. L'emploi du concept de police administrative externe se justifie donc à raison de cette cohérence matérielle dans la description de la fonction de police administrative des autorités de protection de données.

La seule raison pour laquelle ce terme n'est pas employé, notamment en doctrine, provient de ce que cette problématique administrativiste a été isolée du droit public général pour n'être étudiée qu'en droit international privé sous le terme de « lois de police ». Or, s'il est permis d'hésiter, dans le silence du droit positif, sur la pertinence d'une telle qualification pour les premiers instruments nationaux adoptés en la matière (A), ceux adoptés par les Communautés européennes puis l'UE ne laissent quant à eux place à aucun doute (B). La proposition du Conseil d'État, dans son récent rapport sur *Le numérique et les droits fondamentaux*, de qualifier explicitement ces instruments de loi de police<sup>1199</sup> en vue d'assurer leur effectivité<sup>1200</sup>, sans être totalement inutile, apparaît alors comme superflue ou, à tout le moins, peu novatrice.

### A/ Une qualification hésitante de loi de police pour les instruments de première génération

A l'origine, le droit des données personnelles ne comportait en droit français aucun dispositif de contrôle des flux transfrontières de données. Le silence de la loi semblait imposer le recours au droit international privé classique. Ainsi, dans sa version initiale, la loi du 6 janvier 1978 comporte peu d'éléments permettant de déterminer le champ spatial de son application<sup>1201</sup>. Dans les faits,

1199 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, Proposition n° 43, p. 348.

1200 Conseil d'État, *op. cit.*, p. 240 : « La territorialité sur internet présente (...) surtout des enjeux stratégiques. Est en effet en cause la capacité des États à assurer la protection des libertés fondamentales de leurs citoyens ainsi que le droit au recours de ceux-ci. Les implications pour la concurrence entre entreprises numériques sont significatives. Le Conseil d'État propose de définir un socle de règles applicables à tous les acteurs quels que soit leur lieu d'établissement ; lorsque l'application des règles générales de conflit de lois ne conduit pas à cette solution, ces règles devraient être qualifiées de « loi de police » au sens du droit international privé, c'est à dire de règles applicables en toute hypothèse dans le champ d'application qu'elles définissent, indépendamment du jeu des règles habituelles de conflits de lois ».

1201 RIGAUX François, « La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *RCDIP*, 1980, p. 462: « La loi française n° 78-17 est un excellent objet d'analyse

elle « laisse au droit commun le soin de déterminer les limites spatiales dans lesquelles l'État français exerce sa juridiction sur « les traitements automatisés d'informations nominatives » »<sup>1202</sup>. Cette situation constitue une exception française, dans la mesure où d'autres États<sup>1203</sup> ont choisi d'inclure de manière précoce dans leurs premiers instruments relatifs aux données des règles de droit international privé matériel. Tel est le cas pour l'équivalent luxembourgeois de la loi française du 6 janvier 1978, dont l'article 3 (3) alinéa 2 définit le champ d'application spatial non pas limité aux frontières du territoire national mais sur la base de l'accessibilité depuis le territoire à une banque de données située à l'étranger<sup>1204</sup>.

En revanche, une telle situation est conforme au droit international de l'époque, qui avait envisagé le problème sans pour autant y apporter de solution. Ainsi, les *lignes directrices* adoptées par l'OCDE en 1980 se contentent en substance de renvoyer la résolution de cette question aux États<sup>1205</sup>, quand la Convention 108 du Conseil de l'Europe, dans sa version d'origine, n'y fait purement et simplement aucune allusion. Les rapports explicatifs annexés à ces deux textes se révèlent inégalement diserts. Alors que celui de la Convention n° 108 se contente d'expliquer l'absence de toute mention en invoquant le caractère prématuré de telles dispositions<sup>1206</sup>, celui des *lignes directrices* de l'OCDE s'avère nettement plus riche d'enseignements, en ce qu'il préfigure les mécanismes effectivement adoptés quinze ans plus tard dans la directive 95/46. En effet, son exposé des motifs met en avant la question de l'effectivité des droits et libertés individuelles comme considération dirimante à toute solution en la matière<sup>1207</sup>.

pour celui qui s'efforce de déceler les intentions du législateur quant au domaine d'application dans l'espace des dispositions qu'il édicte ».

1202 RIGAUX François, *op. cit.*, p. 465.

1203 Sont représentatifs de cette tendance des États comme le Luxembourg, l'Autriche, le Danemark, ou la Norvège qui ont instauré dans leurs instruments de protection des données personnelles les premiers mécanismes de contrôle des flux transfrontières de données. RIGAUX François, *op. cit.*, pp. 460-461.

1204 Loi du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques (Mem. A 1979, p. 582), article 3 (3) alinéa 2: « Si une banque de données, implantées sur territoire étranger, est accessible au Grand-Duché de Luxembourg au moyen d'un terminal, les prescriptions de la présente loi doivent être observées par l'utilisateur de ce terminal ». Disposition citée dans BENYEKHLEF Karim, *op. cit.*, p. 178.

1205 Lignes directrices régissant la question de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel du 23 septembre 1980, §22: « Les pays Membres doivent s'appliquer à établir des principes, au plan intérieur et international, afin de déterminer le droit applicable en cas de flux transfrontières de données de caractère personnel ».

1206 Convention 108, Rapport explicatif, §23: « Le comité d'experts s'est également penché sur la question de savoir si la Convention devait contenir des règles pour résoudre des problèmes de loi applicable. De tels problèmes peuvent se poser lorsque des opérations de traitement de données sont effectuées sur le territoire de deux ou plusieurs États (contractants ou non contractants) ou lorsque les sujets concernés par le traitement des données, notamment les personnes ou les utilisateurs des fichiers résident dans des pays différents. Le comité a décidé qu'il était prématuré d'inclure dans la Convention des règles spécifiques sur ce sujet. La présence d'un « noyau dur » de droit matériel (chapitre II), y compris certains principes de procédure, permettront de réduire le risque de conflits de lois ou les lacunes juridiques. Le comité était convenu, cependant, que le problème de la loi applicable serait gardé à l'esprit et que, à un stade ultérieur, des dispositions sur ce sujet seraient - si nécessaire - établies dans un Protocole à la Convention ».

1207 Lignes directrices régissant la question de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel du 23 septembre 1980, Exposé des motifs, §75: « Quant à la question du choix de la législation, l'une des façons d'aborder les problèmes consiste à définir un ou plusieurs facteurs de rattachement qui, au mieux, permettraient d'identifier une législation applicable. Cette démarche est particulièrement délicate dans le cas des réseaux internationaux d'ordinateur où, en raison de la dissémination et du mouvement rapide des données et de la dispersion géographique des activités de traitement de l'information, plusieurs facteurs de rattachement pourraient intervenir de façon complexe en mettant en jeu des éléments nouveaux du point de vue juridique. En outre, on ne sait trop quelle valeur accorder actuellement aux règles qui, par application mécanique,

Or, la diffusion progressive de ces technologies au sein de la société durant les années 1980 a eu tôt fait de révéler les risques d'une telle carence, en terme d'effectivité même des instruments nationaux relatifs aux données<sup>1208</sup>. En effet, la diffusion des NTIC et les premiers usages d'internet ont fait apparaître les risques de contournement des dispositions nationale relatives aux données offerts par ces technologies. De tels contournements sont permis car il est devenu de plus en plus facile et rapide de procéder à un transfert de données personnelles dans un pays tiers et de les faire traiter ainsi hors d'atteinte des exigences territorialement limitées du droit des données personnelles.

Juridiquement parlant, cette situation se caractérise par l'exacerbation, voire la banalisation des conflits de lois. Ce terme désigne « une situation juridique pouvant se rattacher à plusieurs pays, il faut choisir entre les lois de ces États, celle qui sera appelée à régir le rapport de droit considéré »<sup>1209</sup>. En effet, les NTIC et notamment internet ne constituent pas un domaine abandonné par le droit : bien au contraire, il apparaît saturé de normes nationales aux ambitions normatives potentiellement contradictoires, terrain naturellement propice à l'exacerbation des conflits de lois<sup>1210</sup>.

Ces normes nationales ne s'y affrontent qu'en l'absence d'une norme internationale permettant de régler les conflits d'application de loi en la matière. En son absence, trois options fondamentales s'ouvriraient alors pour déterminer la loi applicable aux rapports juridiques entre

déterminent la législation nationale spécifique devant être appliquée. Tout d'abord, l'opportunité d'une telle solution paraît dépendre de l'existence de notions juridiques et de structures réglementaires analogues, ainsi que du caractère obligatoire des engagements pris par les pays d'observer certaines normes en matière de protection des données de caractère personnel. En l'absence de ces conditions, on pourrait s'efforcer de formuler des principes plus souples impliquant la recherche d'une « législation appropriée » et se rattachant à l'objectif visé qui est d'assurer une protection efficace de la vie privée et des libertés individuelles. Ainsi, dans un cas où plusieurs législations sont susceptibles d'être applicables, il a été suggéré qu'une solution pourrait consister à accorder la préférence à celle qui offre la meilleure protection des données de caractère personnel. En revanche, on peut faire valoir que des solutions de ce type laissent planer trop d'incertitude, en particulier du point de vue des maîtres de fichiers qui pourront souhaiter connaître, s'il y a lieu à l'avance, à quel ensemble de règles nationales un système international de traitement de l'information sera soumis ».

1208 CATALA Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, pp. 344-345: « Tant que l'informatique est seule en cause, le législateur national garde une certaine maîtrise de ses lois. C'est ainsi que les remous de l'opération SAFARI dans l'opinion publique aboutirent à la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés et à la création de la CNIL. Depuis lors, le dossier médical, les fichiers électoraux, les écoutes téléphoniques, la vidéo-surveillance, les EDI, la preuve génétique ont posé de nouveaux problèmes susceptibles de solutions en droit interne. Il n'est pas rare que leur mode de réalisation passe par une commission de sages conduisant à la rédaction de textes et parfois à l'institution d'un organe de régulation.

Mais ce processus national « étude-décision-application » ne suffit plus lorsque la télématique, par nature apatride, entre dans le circuit. L'élaboration des règles nouvelles subit alors la pression des flux transfrontières et du commerce international. On doit ici admettre que les lois seraient ineffectives si leur application se bornait au territoire national, qu'il s'agisse de la protection des informations ou de la répression d'activités illicites. C'est dire que le lourd dispositif de la négociation internationale présidera de plus en plus à l'avènement du droit futur. Dans ces tractations, on supposera sans risque que les nations invoquant la loi du marché, sinon de la jungle, feront entendre la voix la plus forte. Dans cette perspective, les premières escarmouches autour d'Internet donnent à penser que le « web » pourrait constituer un terrain d'affrontements exemplaires dont le spectacle sera captivant ».

1209 BOUREL Pierre, LOUSSOUARN Yvon, de VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2007, p. 5.

1210 FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », in CHATILLON Georges (dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruylant, 2003, p. 56 : « les conflits de lois naissent du trop plein, non du vide juridique ».

l'auteur du traitement de données personnelles et la personne fichée: soit l'on soumettait ces rapports à la loi en vigueur au siège de l'entreprise gérant le fichier, solution en apparence rationnelle et efficace<sup>1211</sup>; soit l'on soumettait ces rapports à la loi en vigueur dans le pays de résidence de la personne dont les données sont traitées, position ayant eu la faveur des premiers auteurs sur le sujet, en raison précisément de la meilleure protection des données personnelles qui en aurait résulté<sup>1212</sup>; soit l'on faisait dépendre le choix de la loi applicable du libre jeu contractuel. Le risque était alors l'apparition d'un *forum shopping* conduisant les auteurs de traitements à localiser plus ou moins fictivement leurs opérations sur des données personnelles dans des États tiers pourvus d'une législation plus souple en la matière, ou même dépourvus de toute législation<sup>1213</sup>.

Dans le silence de la loi et de la jurisprudence et, confrontée à ces options, la majeure partie des auteurs intervenant sur le sujet a opté pour la deuxième solution, considérant ainsi la loi du 6 janvier 1978 comme une loi de police au sens du droit international privé<sup>1214</sup>. Une telle solution a été envisagée par la doctrine avant même que l'usage des NTIC et donc du réseau internet ne commence à se généraliser<sup>1215</sup>. De manière précoce, ces auteurs ont envisagé les problèmes auxquels pourraient conduire une application des règles générales du droit international privé en suggérant l'adoption d'une norme spéciale du droit international privé, sous la forme d'une règle matérielle *sui generis*<sup>1216</sup>. L'adoption d'un tel standard international commun aurait alors permis de

1211 RIGAUX François, *op. cit.*, p. 470: un tel choix serait rationnel car il soumettrait l'intégralité des traitements de données de cette entreprise à la même loi; il serait efficace « sur le plan du conflit des juridictions » parce qu'il serait « douteux que les tribunaux du pays ainsi désigné appliqueraient une autre loi qui, par hypothèse, imposerait au maître du fichier des obligations plus étendues ».

1212 RIGAUX François, *op. cit.*, pp. 470-471.

1213 Autrement appelé effet *Delaware*, du nom de cet état américain ayant une législation particulièrement peu contraignante en matière commerciale. Sur cette question, voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 1.

1214 Pour une qualification simple de loi de police, voir: HANOTIAU Bernard, « Les flux transfrontières de données et la problématique du droit international privé », in *La télématique, aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des Facultés de Notre-Dame de Namur, Story-scientia, Tome 2, pp. 181-182. Pour une qualification mixte de loi de police et d'exception d'ordre public, voir FAUGÉROLAS Laurent, *L'accès international à des banques de données*, thèse, GLN éditions, 1989, p. 170: « Nous avons cependant précédemment exposé que la loi « Informatique et libertés » serait une loi d'ordre public, au regard des contrats qui violeraient certaines de ses dispositions. Est-ce alors se contredire: cette loi est-elle de police ou d'ordre public? On peut répondre sans équivoque que cette loi est l'une et l'autre, selon la situation concrètement envisagée. A l'égard des rapports contractuels, par son aspect prohibitif, elle sert de fondement à la nullité et présente un caractère d'ordre public. A l'inverse, dans le domaine qui relève plus strictement de son champ d'application, à savoir la protection des personnes fichées, elle est très certainement une loi de police, car elle impose des comportements dans les comportements privés ». Voir également BENYEKHEF Karim, *op. cit.*, p. 182, qui considère comme pertinente la proposition de qualification de ces instruments comme lois de police: « Nous ne pouvons qu'être en accord avec cette proposition. Les mécanismes administratifs mis en place pour assurer le fonctionnement de ces lois, l'objet même de celles-ci: la protection de la vie privée et le caractère fondamental des principes qui y sont énoncés contribuent à la qualification proposée ». Voir également HUET Jérôme et DREYER Emmanuel, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011, p. 204.

1215 RIGAUX François, « Le régime des données informatisées en droit international privé », *JDI*, 1986, n° 2, p. 312: « Les diverses étapes du traitement [transfrontière de données personnelles] ne se localisent pas sur le territoire d'un seul État, les données franchissent une frontière, le traitement se décompose en opérations successives faites en différents États. Ainsi, la plupart des traitements automatisés comportent des flux transfrontières de données et ils relèvent, par essence, du droit international privé ».

1216 RIGAUX François, *op. cit.*, p. 313: « Sans avoir perdu toute pertinence, la détermination de la « loi applicable » au traitement automatisé de données à caractère personnel ne saurait régler tous les problèmes que suscite pareil traitement. En effet, tant la nature particulière des problèmes que le caractère administratif des contrôles exercés sur les traitements informatisés requièrent que les flux transfrontières fassent l'objet de règle appropriées (appelées règles de droit international privé matériel), pour les nombreuses hypothèses auxquelles

dépasser le pis-aller du recours à la notion de loi de police, qui ne constitue au fond que la consécration d'une différence irréductible des points de vue entre États sur l'encadrement d'un domaine précis d'activité. L'éclatement contemporain du droit pénal international en est un exemple particulièrement net, qui explique en la matière la recrudescence contemporaine des lois de police: « qu'il s'agisse du droit international privé ou du droit pénal international, c'est toujours la rupture d'une certaine communauté juridique qui permet d'expliquer la nécessité de recourir au mécanisme des lois de police »<sup>1217</sup>.

Dans le silence de la loi du 6 janvier 1978 et, au regard des expériences conduites dans certains pays étrangers et de l'opinion majoritaire de la doctrine, la qualification de loi de police de ces premiers instruments relatifs aux données personnelles ne peut qu'être hésitante. Cette hésitation a été levée pour les instruments de deuxième génération, contemporains des début de l'internet public au début des années 1990. Les options imaginées en doctrine ou appliquées çà et là par certains États se voient alors consacrées et systématisées en droit positif dans l'ordre juridique communautaire.

### *B/ Une qualification certaine de loi de police pour les instruments de deuxième génération*

Dans son rapport de 2014 sur *Le numérique et les droits fondamentaux*, le Conseil d'État évoque la piste de la qualification du droit européen des données comme une loi de police au sens du droit international privé, dans le but d'asseoir son effectivité dans un environnement mondialisé. S'il suggère cela, c'est bien parce que « la qualification de loi de police permet à un État agissant de manière unilatérale de faire prévaloir sa législation »<sup>1218</sup>. Or, une telle reconnaissance expresse de cette qualité par le législateur européen n'est pas fondamentalement utile en l'état du droit, car il existe déjà suffisamment d'indices pour établir une telle qualification en utilisant la grille conceptuelle du droit international privé.

Le caractère certain d'une telle qualification est directement le fait de la communautarisation du droit des données personnelles. Ce processus a entraîné la systématisation au sein des instruments relatifs aux données adoptés par la CEE, puis l'UE de mécanismes typiques des lois de police. L'objectif recherché est explicitement d'éviter le contournement des dispositions applicables dans l'ordre interne par la délocalisation d'une situation ou d'un objet juridique dans l'ordre externe (1). Toutefois, cet objectif est concilié avec la recherche de la plus grande liberté internationale de traitement des données personnelles possible, par l'édition de mécanismes de contrôle des flux transfrontières particulièrement permissifs (2).

les règles de conflit de lois ne sauraient s'appliquer de manière adéquate ».

1217 CHILSTEIN David, *op. cit.* p. 228: « C'est à l'évolution du droit pénal qui incline de plus en plus au particularisme, que l'on doit l'éclatement prévisible du droit pénal international et l'émergence des lois de police en ce domaine. Tant que les incriminations traduisaient la réprobation universelle attachée à des comportements unanimement répréhensibles par la communauté des États en ce qu'ils portent une atteinte grave aux biens juridiques que cette communauté entend dans son ensemble protéger (...), il était possible de raisonner (...) en termes de « répartition entre les États du travail de punir ». Cependant, dès lors que les incriminations visent plus étroitement la défense des orientations socio-économiques propres à chaque ordre juridique, ce type de répartition n'est plus possible ».

1218 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, p. 245.

## 1) La communautarisation de la notion de loi de police

L'une des dernières difficultés présidant à l'identification de l'encadrement du traitement des données personnelles comme une police administrative spéciale réside dans sa communautarisation. En effet, « les ordres juridiques autres que l'ordre juridique français ne connaissent pas forcément l'expression de police administrative, même si un de ces ordres, le droit communautaire, utilise parfois la formule « police » dans des textes de droit dérivé »<sup>1219</sup>. Cette reprise du procédé dans le droit de l'Union européenne opère sur un plan matériel et non formel: en tant que telle, la notion française de police administrative spéciale ne dispose d'aucune consécration en droit communautaire positif. Pour autant, certains instruments du droit de l'UE se proposent de concilier l'exercice de libertés communautaires avec des valeurs ressortant d'un ordre public communautaire<sup>1220</sup>. Les autres ordres juridiques étrangers connaissent des équivalents fonctionnels<sup>1221</sup>, mais seulement en ce qui concerne la police administrative spéciale et non générale<sup>1222</sup>.

A ce titre, il existe en droit de l'Union une fonction de police administrative spéciale d'aménagement préventif de l'exercice d'une liberté spécifique pour la rendre compatible avec les exigences d'ordre public. Mais si la finalité de protection d'un ordre public communautaire a pu être définie sur la base explicite de l'ordre public national<sup>1223</sup>, la notion de police administrative spéciale, qui ne constitue qu'un des moyens pour le protéger<sup>1224</sup>, ne bénéficie pas d'une consécration formelle<sup>1225</sup>. Malgré cela, le succès de l'implantation de ce procédé en droit communautaire explique qu'un auteur ait pu considérer que l'UE « constitue désormais le principal vecteur de développement des polices spéciales »<sup>1226</sup>.

Ce constat se justifie ainsi au regard de l'économie des instruments européens adoptés en

1219 LAFARGE François, « Les catégories du droit de la police administrative », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 705. L'auteur fait alors référence à la directive n° 2002/99/CE du Conseil du 16 décembre 2002 fixant les règles de police sanitaire régissant la production, la transformation, la distribution et l'introduction des produits d'origine animale destinés à la consommation humaine.

1220 TCHEN Vincent, « L'impact du droit communautaire sur la police administrative », in AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 1008-1009: « L'émergence de polices administratives communautaires répond à la volonté de parer à un danger qui menace une liberté protégée par le traité fondateur ou la législation dérivées. En ce sens, ces polices garantissent simultanément l'ordre public national et communautaire ».

1221 LAFARGE François, *op. cit.*, p. 705.

1222 LAFARGE François, *op. cit.*, p. 706: Pour le cas du développement des polices européennes, « si on peut soutenir qu'il existe des équivalents fonctionnels en matière de police spéciale, il n'en va pas de même en matière de polices générales car ni le droit communautaire ni les autres droits nationaux, ne connaissent de clauses d'attribution de compétences de police générale aussi vagues et générales qu'en France ».

1223 TCHEN Vincent, *op. cit.*, p. 1008: « A proprement parler, le droit communautaire n'énonce pas de nouveaux motifs d'ordre public qui justifieraient une intervention des autorités nationales de police sur des fondements inédits. En effet, le droit communautaire s'empare d'un trouble précisément par référence à des situations constatées dans les États membres. Le processus de communautarisation porte donc plutôt sur les modalités de prévention d'un danger public réputé commun ».

1224 TCHEN Vincent, *op. cit.*, p. 1012: « Le droit communautaire, tout comme le droit français, dissocie le but (la sauvegarde de l'ordre public) et les moyens à mettre en œuvre. A cet effet, l'action de police administrative ne constitue qu'un moyen parmi d'autres pour garantir l'ordre public ».

1225 TCHEN Vincent, *op. cit.*, p. 997: « La doctrine a le plus souvent envisagé la question de l'influence du droit communautaire sur la sécurité intérieure des États sous l'angle élargi de l'« ordre public ». Cet écho donné à un « ordre public communautaire » est pourtant réducteur car il s'attache à la finalité de l'action (la santé des consommateurs, la protection de l'environnement, la régulation des frontières...) et élude bien souvent la question des moyens, préventifs ou répressifs, mis en œuvre pour y parvenir ».

1226 DUBOS Olivier, *op. cit.*, p. 13.

matière de données personnelles. La directive 95/46 en constitue le modèle de base, qui ne sera que décliné dans les instruments subséquents. Cette directive met en place la première police spéciale communautaire des données personnelles, en énonçant d'une part le principe de leur libre circulation à des fins de protection du Marché intérieur et, d'autre part, les moyens permettant de concilier cette liberté avec les valeurs composant l'ordre public européen. Or, ces moyens sont coercitifs en ce qu'ils s'imposent aux auteurs de traitements de données personnelles. Ils prennent la forme de procédures préventives de notification et de contrôle préalable<sup>1227</sup>, ayant les mêmes procédés de déclaration et d'autorisation, et les mêmes effets que les notions internes propres à la police administrative spéciale. Ils ne sont adoptés et mis en œuvre que pour assurer la sécurité juridique de la liberté de traitement des données personnelles dans ses deux déclinaisons essentielles: libre circulation des données personnelles entre personnes privées et libre disponibilité de ces mêmes données entre personnes publiques<sup>1228</sup>.

Pour le domaine du droit des données personnelles, le caractère certain d'une telle qualification réside dans la communautarisation de la notion de loi de police. En effet, la volonté des Communautés européennes, puis de l'UE, de rendre effectifs les instruments adoptés en la matière a entraîné la mise en place de mécanismes efficaces propres à une loi de police. Ainsi, pour le professeur Jean-Sylvestre Bergé, le droit communautaire des données personnelles révèle un processus de « communautarisation du droit des conflits de loi »<sup>1229</sup>. Cette dynamique est pleinement illustrée par les mesures de contrôle des flux transfrontières de données personnelles mis en place par la directive 95/46 du 24 octobre 1995 ainsi que par les dispositions délimitant sa portée, qui conditionnent directement l'efficacité des dispositions applicables dans l'ordre interne.

En effet, cette directive a pour fondement et but l'achèvement du Marché intérieur. Cela suppose, à l'intérieur de l'Union, la suppression de l'obstacle non tarifaire aux échanges constitué en l'espèce par les disparités nationales antérieures à la directive en matière d'utilisation et de protection des données personnelles. Cela suppose aussi et corrélativement des mesures communes à l'égard des pays tiers dans le but d'assurer l'effectivité de cette libre circulation au sein de l'UE, donc l'application aux atteintes au droit des données personnelles de la théorie des effets. Cette recherche d'effectivité doit se comprendre comme une volonté d'éviter le contournement des dispositions du droit interne par une localisation abusive des opérations normalement soumises au droit communautaire au sein d'un État tiers comportant un régime d'obligations en la matière plus souple ou inexistant. Dès lors, cette opération de clôture vis à vis des États tiers apparaît comme indissociable logiquement de l'instauration d'un espace intérieur commun de libre circulation. Le droit des données personnelles n'y fait pas exception<sup>1230</sup>.

L'établissement d'un régime effectif de libre circulation des données personnelles sur un espace

1227 Directive 95/46 CE du 24 octobre 1995, respectivement articles 18 et 19 pour la procédure de notification, 20 pour celle de contrôle préalable.

1228 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 2.

1229 BERGE Jean-Sylvestre, *op. cit.*, p. 228.

1230 COUDRAY Ludovic, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne, op. cit.*. Ces deux aspects prescrivant à cet égard, ainsi que le remarque cet auteur dans sa thèse p. 509, que « les restrictions imposées aux transferts de données vers les États tiers ne sont qu'un moyen pour atteindre ce but: ces restrictions évitent en effet que les responsables de traitements contournent le régime de protection instauré dans l'Union européenne en transférant les données personnelles vers un État tiers. Dès lors, l'encadrement des échanges extra-communautaires de données personnelles constitue la contrepartie de la libération des échanges intracommunautaires de données ». Cette solution communautaire ne constitue pas cependant une totale innovation, en raison de l'adoption précoce de telles règles relatives aux flux transfrontières de données dans certains États comme le Luxembourg, l'Autriche, le Danemark ou la Norvège: RIGAUX François, « La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *RCDIP*, 1980, pp. 460-461.

territorialement restreint implique ainsi nécessairement le report sur une frontière extérieure commune des frontières intérieures, effacées par le processus d'harmonisation.

La matérialisation de cette frontière extérieure se traduit en premier lieu par la définition unilatérale d'un champ d'application du droit communautaire des données personnelles que l'on peut qualifier de vaste, si ce n'est d'universel. En effet, au terme de l'article 4 de la directive 95/46, il existe trois cas de figure permettant l'application de ce texte. La première hypothèse est que le traitement « est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre ». La seconde est celle où « le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'État membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public ». La troisième, qui nous intéresse le plus en tant qu'élément de qualification de loi de police, prescrit l'application de la directive si « le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté ». Or, constituent de tels moyens de traitement ceux mis en œuvre au sein de l'équipement informatique de l'utilisateur, à l'instar des *cookies*.

Le champ d'application du droit communautaire des données personnelles se trouve ainsi défini unilatéralement et doté d'une compétence universelle, ce qu'illustre d'ailleurs la décision *Google Spain* rendue récemment par la CJUE<sup>1231</sup>. Dans cette affaire, l'enjeu essentiel était de déterminer si la directive 95/46 était applicable aux activités incriminées de *Google*, à savoir celle de moteur de recherche. Le juge retient deux méthodes, qui aboutissent toutes deux au même résultat, à savoir l'applicabilité de ce texte à ces activités. En premier lieu, le juge de l'Union retient une approche littérale, en appliquant textuellement les critères énoncés dans cette directive<sup>1232</sup>. En second lieu, il adopte une démarche téléologique, qui tient à la recherche du plus grand « effet utile »<sup>1233</sup> du texte de la directive 95/46. Ce faisant, il n'intervient pas *praeter* ou *contra legem* mais relève juste que cet objectif d'effectivité est inscrit dans le texte même de cette directive<sup>1234</sup> et a pour but « au vu de l'objectif de la directive 95/46 d'assurer une protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Il en résulte que les dispositions de la directive considérées ne sauraient être utilisées pour détourner ce but et, à ce titre, « ne saurai[en]t recevoir une interprétation restrictive<sup>1235</sup> ».

Ce champ d'application universel du droit des données personnelles devrait d'ailleurs être nettement renforcé par les dispositions contenues dans la proposition de règlement de janvier 2012. En effet, à titre principal, ces dernières prévoient de parfaire le dispositif anti-éludation du régime européen relatif aux données par les multinationales, en imposant aux entreprises n'ayant pas leur établissement au sein d'un membre de l'UE la nomination d'un représentant au sein d'un de ces États<sup>1236</sup>. Ce dispositif s'inspire du système du représentant fiscal et en a les mêmes

1231 CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, aff. C-131/12, non encore publié.

1232 *Ibid.*, §48 et ss.

1233 *Ibid.*, §58.

1234 *Ibid.*, §54 : « Il convient de relever dans ce contexte qu'il ressort notamment des considérants 18 à 20 et de l'article 4 de la directive 95/46 que le législateur de l'Union a entendu éviter qu'une personne soit exclue de la protection garantie par celle-ci et que cette protection soit contournée, en prévoyant un champ d'application territorial particulièrement large ».

1235 *Ibid.*, §53.

1236 Proposition de règlement de janvier 2012, article 25 relatif aux « Représentants des responsables du traitement qui ne sont pas établis dans l'Union » : « 1. Dans le cas visé à l'article 3, paragraphe 2, le responsable du traitement désigne un représentant dans l'Union.

ambitions, comme en matière fiscale, avec la même finalité de lutte contre l'évasion, dans un cas de matière financière, dans l'autre de données personnelles. De manière plus accessoire, ce projet soumet à des obligations explicites en matière de droit des données personnelles les sous-traitants à une prestation de service de traitement de données<sup>1237</sup>, dans l'optique cette fois d'éviter un détournement du droit européen des données par le recours à des montages contractuels organisant l'externalisation de ces traitements par le procédé du *Cloud computing*.

La matérialisation d'une frontière commune extérieure à l'Union résulte en deuxième lieu de l'adoption de mécanismes ayant pour objet de clore unilatéralement les relations de transfert de flux transfrontières de données. Cette clôture résulte du principe d'interdiction de transferts vers des États ne comportant pas un niveau adéquat de protection des données personnelles<sup>1238</sup> et d'un régime de contrôle *a priori* de l'exportation de certains de ces flux.

Ce régime de contrôle de l'exportation n'est pas totalement fixé au niveau communautaire, qui n'impose au terme de l'article 20,1 de la directive 95/46 qu'une obligation générale pour les États membres d'y soumettre les « traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées ». Il est précisé dans les instruments nationaux des États membres. Ainsi, en France, ce contrôle fait l'objet d'une attention stricte de la CNIL, qui les soumet pour l'essentiel à une procédure d'autorisation préalable quand ce n'est pas d'interdiction pure et simple<sup>1239</sup>. Un tel régime se retrouve, en tant que contrôle réalisé sur la base du droit interne et ayant une portée extraterritoriale, en matière de droit de la concurrence, en

2. Cette obligation ne s'applique pas:

a) à un responsable du traitement établi dans un pays tiers lorsque la Commission a constaté par voie de décision que ce pays tiers assurait un niveau de protection adéquat conformément à l'article 41; ou b) à une entreprise employant moins de 250 salariés; ou c) à une autorité ou à un organisme publics; ou d) à un responsable du traitement n'offrant qu'occasionnellement des biens ou des services à des personnes concernées résidant dans l'Union.

3. Le représentant est établi dans l'un des États membres dans lesquels résident les personnes physiques dont les données à caractère personnel sont traitées dans le contexte de l'offre de biens ou de services qui leur est proposée ou dont le comportement est observé.

4. La désignation d'un représentant par le responsable du traitement est sans préjudice d'actions en justice qui pourraient être intentées contre le responsable du traitement lui-même ».

1237 Proposition de règlement de janvier 2012, article 26.

1238 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, article 25.

1239 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 70: « Si la Commission des Communautés européennes a constaté qu'un État n'appartenant pas à la Communauté européenne n'assure pas un niveau de protection suffisant à l'égard d'un transfert ou d'une catégorie de transferts de données à caractère personnel, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, saisie d'une déclaration déposée en application des articles 23 (déclaration ordinaire) ou 24 (déclaration simplifiée) et faisant apparaître que des données à caractère personnel seront transférées vers cet État, délivre le récépissé avec mention de l'interdiction de procéder au transfert des données.

Lorsqu'elle estime qu'un État n'appartenant pas à la Communauté européenne n'assure pas un niveau de protection suffisant à l'égard d'un transfert ou d'une catégorie de transferts de données, la Commission nationale de l'informatique et des libertés en informe sans délai la Commission des Communautés européennes. Lorsqu'elle est saisie d'une déclaration déposée en application des articles 23 ou 24 et faisant apparaître que des données à caractère personnel seront transférées vers cet État, la Commission nationale de l'informatique et des libertés délivre le récépissé et peut enjoindre au responsable du traitement de suspendre le transfert des données. Si la Commission des Communautés européennes constate que l'État vers lequel le transfert est envisagé assure un niveau de protection suffisant, la Commission nationale de l'informatique et des libertés notifie au responsable du traitement la cessation de la suspension du transfert. Si la Commission des Communautés européennes constate que l'État vers lequel le transfert est envisagé n'assure pas un niveau de protection suffisant, la Commission nationale de l'informatique et des libertés notifie au responsable du traitement l'interdiction de procéder au transfert de données à caractère personnel à destination de cet État ».

application de la théorie des effets<sup>1240</sup>. On retrouve par ailleurs un tel système d'autorisation d'exportation ou d'importation sous réserve du respect d'une équivalence qualitative des contrôles, au sein du pays tiers étranger à l'UE, dans d'autres domaines comme celui du médicament<sup>1241</sup>,

Enfin, les traitements de données personnelles constitue une police communautaire spéciale par la soumission des règles décrites au titre des deux premières conditions au contrôle d'une autorité publique. Cette dernière, sous la forme d'une « autorité de contrôle »<sup>1242</sup>, joue comme une garantie d'effectivité de la norme. L'existence d'une telle autorité constitue une des conditions essentielles permettant, en doctrine, à l'existence d'une loi de police<sup>1243</sup>. En effet, dans la mesure où ces dernières ont pour objet la défense effective d'un intérêt essentiel à la société, l'intervention directe de l'État matérialise l'importance de cet intérêt<sup>1244</sup>. Un auteur, le professeur Jérôme Huet, a d'ailleurs souligné le lien existant entre la notion de loi de police et les autorités de contrôle des traitements de données personnelles<sup>1245</sup>.

L'ensemble de ces règles relatives au contrôle des flux transfrontières de données par l'UE intéressent le droit international privé matériel au sens où « elles soumettent un fait localisé sur le territoire national mais caractérisé par le lien qui l'unit à un fait localisé à l'étranger à une solution

1240 CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission*, préc..

1241 Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JOUE du 28.11.2001, L 311/67, considérant 16 : « À la suite de la mise en place du marché intérieur, l'exemption des contrôles spécifiques visant à garantir la qualité des médicaments importés des pays tiers ne pourra être accordée que si des arrangements appropriés sont intervenus avec la Communauté, garantissant que les contrôles nécessaires ont été effectués dans le pays exportateur » et article 51, 2) : « Dans le cas d'un médicament importé d'un pays tiers, lorsque des arrangements appropriés sont intervenus entre la Communauté et le pays exportateur garantissant que le fabricant du médicament applique des règles de bonnes pratiques de fabrication, au moins équivalentes à celles prescrites par la Communauté, et que les contrôles prévus au paragraphe 1, premier alinéa, point b), ont été effectués dans le pays exportateur, la personne qualifiée peut être relevée de la responsabilité de la réalisation de ces contrôles ».

1242 Directive 95/46, article 28.

1243 RÉMY Benjamin, *op. cit.*, p. 277: « L'élément qui a sans doute été le premier évoqué en doctrine afin de déceler les lois de police, tient à l'intervention d'un service public ou d'une autorité du for spécialisée pour le traitement du type de rapport envisagé ».

1244 RÉMY Benjamin, *op. cit.*, p. 277: « L'idée sous-jacente à ce critère apparaît clairement: si l'État s'implique organiquement, par le biais de l'un de ses agents spécialisés, dans la relation privée c'est qu'il doit y être impliqué conceptuellement ». Tel est le cas en matière d'état civil, domaine dans lequel la jurisprudence a retenu explicitement ce critère: C. Cass., 2ème civ., 3 juin 2004, Rev. Crit. , 2004, pp. 750-755, note D. Bureau. Dans ce cas, afin de justifier la qualification de « loi d'application nécessaire » pour la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les commissions d'indemnisation des victimes d'infraction, la Cour de cassation retient notamment que le système institué par ces dispositions est « confié à une juridiction civile spécialisée ».

1245 HUET Jérôme, *Étude relative aux contrats encadrant les transferts de données personnelles entre les parties à la Convention 108 et les pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat*, Groupe de rédaction du comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE 108), T-PD-GR (2000) 2, Strasbourg, 9 novembre 2000, p. 18, à propos des autorités de contrôle: « Celles-ci se trouvent dans une position délicate à l'égard des transferts de données vers des pays n'ayant pas un niveau de protection adéquat du fait que, dans le système exclusivement contractuel, elle se voient privées à l'égard d'un détenteur des données, en l'occurrence l'importateur, des pouvoirs qui leur sont traditionnellement dévolus : investigation, enquête, injonction, action en justice... De fait, il s'agit de pouvoirs ou prérogatives ressortissant aux lois de police, qui ont une portée limitée au territoire national. Ces pouvoirs, en tout état de cause, ne pourront guère être exercés qu'en direction de l'exportateur des données, situé sur le territoire national où siège l'autorité, ou par son intermédiaire ».

de droit matériel adaptée au caractère international de ce complexe de faits »<sup>1246</sup>. Ainsi, ces règles ne se contentent pas de fournir des options au règlement du conflit de lois mais tranchent unilatéralement la question de la compétence spatiale, sans aucune considération pour les normes des États tiers. Un tel règlement autoritaire de cette question se justifie par une recherche d'effectivité de l'équilibre posé dans l'ordre interne par les instruments relatifs aux données personnelles. En effet, sans ces mécanismes de détermination automatique de la compétence et de contrôle des flux transfrontières, les instruments relatifs aux données personnelles adoptés pour un territoire donné pourraient être facilement contournés, et ce d'autant plus que la liberté internationale de circulation de l'information constitue le principe.

Plus précisément, la directive 95/46 comporte des éléments permettant explicitement de la classer dans les lois de police dites « à l'effet atténué ». En effet, ordinairement, une telle définition n'est que jurisprudentielle. Dans ce cas, il revient au juge d'évaluer, de manière casuistique et sans méthode fixée *a priori*, l'équivalence entre les prescriptions ou protections apportées dans l'ordre interne par la loi de police considérée, et celles apportées dans l'ordre interne de l'État tiers par la norme étrangère en concurrence avec cette loi de police. Dans la directive 95/46, le principe d'un tel contrôle de l'adéquation des protections ainsi que la méthode à suivre pour ce faire sont explicitement détaillés<sup>1247</sup>.

Ainsi, depuis sa communautarisation, le droit des données personnelles peut légitimement être qualifié de loi de police au sens du droit international privé. En effet, la logique de ce concept de loi de police s'est trouvée happée et systématisée par le droit communautaire, dans le cadre de la poursuite du Marché intérieur par des actes de droit dérivé. Dans cette optique, le droit européen des données personnelles se trouve doté, sur le modèle du droit de la concurrence, d'une portée extraterritoriale dans le but d'assurer l'effectivité dans l'ordre interne d'une politique définie. Ils constituent, ce faisant, tous deux des lois de police, c'est à dire dans ces deux cas le volet externe d'une police administrative spéciale dans l'ordre interne.

## 2) Un régime permissif de contrôle des flux transfrontières

L'originalité du régime de la police administrative spéciale des données personnelles est qu'il trouve dans l'ordre externe, sous l'appellation de loi de police, une prolongation de la mission qu'il

1246 RIGAUX François, *op. cit.* pp. 461-462.

1247 Respectivement aux articles 25,1 et 25,2 de cette directive: « 1. Les États membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve du respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat. 2. Le caractère adéquat du niveau de protection offert par un pays tiers s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données; en particulier, sont prises en considération la nature des données, la finalité et la durée du ou des traitements envisagés, les pays d'origine et de destination finale, les règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans le pays tiers en cause, ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui y sont respectées ». Pour une variante, voir Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JOUE n° L 350 du 30/12/2008, article 13, 4: « Le caractère adéquat du niveau de protection visé au paragraphe 1, point d), s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à une opération de transfert ou à un ensemble d'opérations de transfert de données. En particulier, sont pris en considération la nature des données, la finalité et la durée du ou des traitements envisagés, l'État d'origine et l'État ou l'instance internationale de destination finale, les règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans l'État tiers ou l'instance internationale en question, ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui s'y appliquent ».

assure dans l'ordre interne. Cette prolongation externe trouve sa raison d'être dans la volonté d'éviter le contournement des dispositions du droit interne par la délocalisation des traitements de données personnelles vers des États à la législation plus souple<sup>1248</sup>. Ce régime vise alors à contrôler la conformité des flux transfrontières de données aux exigences du même ordre public spécial. Ce contrôle est opéré dans le but d'aménager la liberté globale de traitement des données personnelles. Il n'est pas opéré dans l'ordre international car il ne s'agit pas d'une opération de police internationale résultant de l'application d'un acte international. Il est opéré dans l'ordre interne, seule sa portée étant extraterritoriale car ce sont les mêmes dispositions d'ordre public spécial qui se trouvent respectivement protégées, d'une part à l'égard de la liberté de traitement des données personnelles dans l'ordre interne avec un régime de police administrative et, d'autre part, à l'égard de la liberté de traiter de telles données dans l'ordre international avec un régime de loi de police. Le droit européen de la concurrence ne procède pas autrement, qui protège son ordre public spécial des atteintes à la liberté interne de concurrence par une police administrative spéciale, ainsi que des atteintes à la liberté internationale de concurrence par une loi de police.

Directement impliquée par le principe de libre circulation de l'information, la liberté de traitement des données personnelles ne peut être physiquement contenue par les frontières nationales. Les instruments relatifs aux données personnelles ont alors pour but de permettre par principe l'exercice le plus étendu possible d'une telle liberté avec les valeurs de l'ordre public interne. Cela explique qu'en dépit des apparences, ce régime présenté comme restrictif par principe (a) est en soi particulièrement permissif (b). La situation de la liberté de traitement se trouve alors très similaire à celle de la liberté de concurrence. Dans un cas comme dans l'autre, le principe de la liberté est consacré implicitement en droit international global, mais son aménagement, c'est à dire au final les conditions de son effectivité, dépend de dispositions de droit interne.

a) Le principe: l'interdiction des flux transfrontières de données personnelles vers des États ne garantissant pas un niveau adéquat de protection

Le régime instauré au niveau européen et transposé en droit français apparaît comme singulièrement strict dans son principe, qui est celui de l'interdiction de la libre circulation transfrontières des données personnelles du fait de la subordination du transfert de données personnelles vers l'étranger à un niveau de protection des données considéré comme suffisant. Si le territoire d'accueil de ce flux de données remplit une telle condition, la circulation des données

1248 Intervention d'Alain PEYREFITTE, JORF 18 novembre 1977, Débats parlementaires au Sénat, première session ordinaire de 1977-1978, Compte rendu intégral – 19ème séance, Séance du jeudi 17 novembre 1977, p. 2267: « Enfin, ce texte ouvre la voie à une réglementation internationale des transferts de données, en même temps qu'il établit des barrières douanières dont la raison d'être n'est pas un quelconque protectionnisme commercial, mais la protection de la liberté de chaque personne vivant sur notre territoire. De quelle efficacité, en effet, serait une loi qui laisserait à des gens peu scrupuleux la possibilité d'accomplir impunément, hors de nos frontières, les traitements que nous sommes en train de réglementer ». Voir également COUDRAY Ludovic, *op. cit.*, p. 24: « la libéralisation des échanges de données personnelles entre les États membres se répercute inévitablement sur les échanges de données effectués à l'échelle internationale: dans la mesure où, pour établir le marché intérieur, l'harmonisation communautaire empêche les États membres de maintenir des dispositifs nationaux encadrant les échanges internationaux de données, l'intervention communautaire entraîne des conséquences non seulement pour les États membres mais aussi pour les États tiers. Les données personnelles étant par nature très aisément transférables d'un État à l'autre, l'établissement d'un régime commun aux États membres semble en effet exiger que ces États appliquent des règles communes aux transferts de données effectués vers les États tiers ».

personnelles de l'UE vers ce territoire est libre. L'idée d'un tel mécanisme a été initiée dans les *lignes directrices* de l'OCDE de 1980<sup>1249</sup> et a trouvé une première traduction en droit positif dans la Convention n° 108, avant d'être systématisé en droit communautaire notamment par la directive 95/46 du 24 octobre 1995.

Au sein des *lignes directrices* adoptées par l'OCDE en la matière, il est notamment énoncé qu'un « pays Membre devrait s'abstenir de limiter les flux transfrontières de données de caractère personnel entre son territoire et celui d'un autre pays membre »<sup>1250</sup>. Dans cette optique, les États doivent non seulement éliminer toute entrave à la libre circulation des informations mais doivent également, de manière active, favoriser cette libre circulation en garantissant que les flux transfrontières « aient lieu sans interruption et en toute sécurité »<sup>1251</sup>. Toutefois, cet objectif de promotion de la liberté de circulation des données n'est pas absolu. A cet égard, les Lignes directrices admettent qu'un État puisse « restreindre les transferts de données effectués vers un autre État membre ne se conformant pas encore pour l'essentiel aux [...] *Lignes directrices* »<sup>1252</sup>. De même, lorsqu'un État prévoit une protection spécifique pour « certaines catégories de données de caractère personnel », cet État peut légitimement encadrer le transfert de ces données vers des États membres n'offrant pas une protection équivalente<sup>1253</sup>.

En droit du Conseil de l'Europe comme en droit de l'UE, le principe est, avec quelques nuances, l'interdiction de communication de données personnelles vers des États ne disposant pas d'un niveau adéquat de protection de ces données. Il n'est pas systématiquement formulé de manière explicite comme une interdiction<sup>1254</sup> mais se trouve parfois consacré comme une condition *sine qua non*<sup>1255</sup>, ce qui revient au même. Ce principe se retrouve également dans la proposition de

1249 Les *Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoptées le 23 septembre 1980, traduisent un consensus international sur les orientations générales concernant le recueil et la gestion d'informations de caractère personnel. Elles ont été complétées par la *Déclaration sur les flux transfrontières de données* en 1985 et la *Déclaration relative à la protection de la vie privée sur les réseaux* en 1988

1250 Lignes directrices, §17.

1251 Lignes directrices, §16.

1252 Lignes directrices, §17.

1253 Lignes directrices, §17.

1254 Voir par exemple la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, article 70: « Si la Commission des Communautés européennes a constaté qu'un État n'appartenant pas à la Communauté européenne n'assure pas un niveau de protection suffisant à l'égard d'un transfert ou d'une catégorie de transferts de données à caractère personnel, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, saisie d'une déclaration déposée en application des articles 23 (déclaration ordinaire) ou 24 (déclaration simplifiée) et faisant apparaître que des données à caractère personnel seront transférées vers cet État, délivre le récépissé avec mention de l'*interdiction* de procéder au transfert des données. Lorsqu'elle estime qu'un État n'appartenant pas à la Communauté européenne n'assure pas un niveau de protection suffisant à l'égard d'un transfert ou d'une catégorie de transferts de données, la Commission nationale de l'informatique et des libertés en informe sans délai la Commission des Communautés européennes. Lorsqu'elle est saisie d'une déclaration déposée en application des articles 23 ou 24 et faisant apparaître que des données à caractère personnel seront transférées vers cet État, la Commission nationale de l'informatique et des libertés délivre le récépissé et peut enjoindre au responsable du traitement de *suspendre le transfert des données*. Si la Commission des Communautés européennes constate que l'État vers lequel le transfert est envisagé assure un niveau de protection suffisant, la Commission nationale de l'informatique et des libertés notifie au responsable du traitement la cessation de la *suspension du transfert*. Si la Commission des Communautés européennes constate que l'État vers lequel le transfert est envisagé n'assure pas un niveau de protection suffisant, la Commission nationale de l'informatique et des libertés notifie au responsable du traitement l'*interdiction* de procéder au transfert de données à caractère personnel à destination de cet État ».

1255 Directive 95/46, article 25, 1: « Les États membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à

règlement de janvier 2012<sup>1256</sup>.

b) La réalité d'un régime permissif

Si le principe de la subordination de toute communication de données personnelles à l'existence d'un niveau suffisant de protection des données au sein du territoire d'accueil était appliqué à la lettre, un certain nombre d'intérêts et de droits et libertés fondamentales se trouveraient compromis, à commencer par la liberté d'expression et la libre prestation de services<sup>1257</sup>. C'est la raison pour laquelle les mécanismes européens et français de contrôle des flux transfrontières de données prévoient un régime originel d'exceptions ménageant le principe formel de l'interdiction de circulation des données personnelles vers des pays tiers n'assurant pas suffisamment leur protection avec le principe de la liberté internationale de traitement des données personnelles (b-1). Considéré comme encore trop restrictif dans le cadre de l'échange de données entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique, ce régime a été encore davantage assoupli par la suite (b-2).

*b-1) Les exceptions d'origine à l'interdiction d'exportation de données personnelles*

En droit du Conseil de l'Europe, le préambule de la Convention n° 108 souligne « la nécessité de concilier les valeurs fondamentales du respect de la vie privée et de la libre circulation de l'information entre les peuples ». Pourtant, en affirmant ce principe, le Conseil de l'Europe n'impose pas une protection dépréciée des données personnelles au sein des États membres. Il se contente de mettre en lumière que, jusqu'à un certain niveau, le droit des données personnelles et le principe de libre circulation de l'information entretiennent une relation de symbiose. En effet, les risques principaux en matière de traitements internationaux de données personnelles se répartissent en deux grands ensembles cohérents selon qu'ils concernent la personne fichée ou le

caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve du respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat ». Pour une formulation identique, voir loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 68. Pour une variante, voir Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JOUE n° L 350 du 30/12/2008, article 13, 1 et 2: « 1. Les États membres font en sorte que les données à caractère personnel qui sont transmises ou mises à disposition par l'autorité compétente d'un autre État membre ne puissent être transférées à des États tiers ou à des instances internationales que si a) cela est nécessaire à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, ou d'exécution de sanctions pénales; b) l'autorité destinataire de l'État tiers ou l'instance internationale destinataire est chargée de la prévention et de la détection des infractions pénales, des enquêtes et des poursuites en la matière ou de l'exécution des sanctions pénales;c) l'État membre auprès duquel les données ont été collectées a donné son accord au transfert dans le respect de sa législation nationale, et d) l'État tiers ou l'instance internationale concerné assure un niveau de protection adéquat pour le traitement de données envisagé.

2. Le transfert sans accord préalable conformément au paragraphe 1, point c), n'est autorisé que si le transfert de données est essentiel pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique d'un État membre ou d'un État tiers ou pour les intérêts essentiels d'un État membre et que l'accord préalable ne peut pas être obtenu en temps utile. L'autorité compétente pour donner cet accord est informée sans délai ».

1256 Proposition de règlement de janvier 2012, article 41 relatif aux: « Transferts assortis d'une décision relative au caractère adéquat du niveau de protection » : « 1. Un transfert peut avoir lieu lorsque la Commission a constaté par voie de décision que le pays tiers, un territoire ou un secteur de traitement de données dans ce pays tiers, ou l'organisation internationale en question assure un niveau de protection adéquat. Un tel transfert ne nécessite pas d'autre autorisation. (...)».

1257 Voir *supra*, titre 1, chapitre 2.

responsable d'un traitement. Dans le premier cas, les risques sont liés à la carence en tout ou partie d'instruments relatifs aux données personnelles sur le territoire de l'État destinataire du flux de données. Pour le responsable d'un traitement, les risques juridiques sont liés à la confrontation internationale de régimes nationaux de protection disparates, dans le cadre de comportements de *forum shopping* en matière d'exportation de flux transfrontières de données<sup>1258</sup>. L'objectif de la Convention n° 108 est donc double: susciter ou compenser, au sein des États signataires, les instruments nationaux relatifs aux données personnelles en cas de carence locale d'une part, harmoniser au niveau international les régimes existant d'autre part<sup>1259</sup>. La Convention doit donc se lire à l'aune de ce double objectif sans que l'un ne prévale sur l'autre ou ne puisse être invoqué contre l'autre, ainsi que le rappelle le point 25 de ce même rapport explicatif: « Il est souligné également que la Convention ne doit pas être interprétée comme un moyen d'ériger des barrières non tarifaires au commerce international ou de restreindre les échanges d'informations scientifiques et culturelles ».

Dans le texte d'origine de la directive 95/46, l'article 26 ménage un régime très largement dérogatoire. Ce dernier relativise d'autant l'idée selon laquelle l'absence d'une décision de la Commission portant reconnaissance d'un niveau de protection adéquat emporterait la totale interdiction des échanges de données. Ce régime dérogatoire couvre six cas alternatifs qui permettent d'assurer la sécurité juridique d'un nombre déjà fort appréciable de traitements et de transferts internationaux de données personnelles. Au delà du cas où la personne concernée a « indubitablement donné son consentement au transfert envisagé », il s'agit de cas où le transfert est nécessaire soit à « l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de la personne

1258 Cet aspect faisant précisément l'objet du Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, adopté le 8 novembre 2001. Son préambule le rappelle avec insistance: « Considérant l'importance de la circulation de l'information entre les peuples; Considérant que, avec l'intensification des échanges de données à caractère personnel à travers les frontières, il est nécessaire d'assurer la protection effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et, notamment du droit au respect de la vie privée, en relation avec de tels échanges », « Article 2 – Flux transfrontières de données à caractère personnel vers un destinataire n'étant pas soumis à la juridiction d'une Partie à la Convention  
1. Chaque Partie prévoit que le transfert de données à caractère personnel vers un destinataire soumis à la juridiction d'un État ou d'une organisation qui n'est pas Partie à la Convention ne peut être effectué que si cet État ou cette organisation assure un niveau de protection adéquat pour le transfert considéré.  
2. Par dérogation au paragraphe 1 de l'article 2 du présent Protocole, chaque Partie peut autoriser un transfert de données à caractère personnel:  
a. si le droit interne le prévoit :  
– pour des intérêts spécifiques de la personne concernée, ou  
– lorsque des intérêts légitimes prévalent, en particulier des intérêts publics importants, ou  
b. si des garanties pouvant notamment résulter de clauses contractuelles sont fournies par la personne responsable du transfert, et sont jugées suffisantes par les autorités compétentes, conformément au droit interne ».

1259 C'est ce que précise le rapport explicatif annexé à cette convention dans son point 9: « la protection des personnes perd en efficacité lorsque l'aire géographique s'élargit. On craint notamment que les utilisateurs ne soient tentés d'éviter les contrôles imposés par la protection des données en déplaçant leurs opérations, en totalité ou en partie vers des « paradis de données », c'est-à-dire dans des pays ayant des lois sur la protection des données moins strictes, voire sans lois. Afin de pallier ce risque, certains États ont institué dans leur droit interne des contrôles spéciaux sous forme, par exemple, d'autorisations d'exportation. Cependant de tels contrôles pourraient entraver la libre circulation internationale des informations qui constitue un principe d'importance fondamentale tant pour les individus que pour les peuples. Une formule devait donc être trouvée afin de garantir que la protection des données au plan international ne porte pas préjudice à ce principe ».

concernée », soit à « la conclusion ou à l'exécution d'un contrat conclu ou à conclure, dans l'intérêt de la personne concernée, entre le responsable du traitement et un tiers », soit d'un transfert « nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice », soit d'un transfert nécessaire « à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée », soit enfin d'un transfert intervenu « au départ d'un registre public qui, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, est destiné à l'information du public et est ouvert à la consultation du public ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime, dans la mesure où les conditions légales pour la consultation sont remplies dans le cas particulier »<sup>1260</sup>.

Ainsi, hormis le caractère spécifique du sixième cas de dérogation et le caractère classique du cinquième, les quatre premiers motifs aboutissent à délimiter un domaine particulièrement large pour la libre circulation internationale des données personnelles. En effet, d'une part, l'ensemble des pratiques contractuelles concernant une personne physique identifiée est couvert par les trois premiers motifs. D'autre part, le quatrième motif autorise un tel transfert pour des motifs tenant soit à un certain degré d'intérêt général de l'État tiers, soit à des considérations de bonne administration de la justice dans ce même État.

Au surplus, ce même article ouvre la possibilité de compenser l'inexistence d'un niveau suffisant de protection des données personnelles par l'utilisation de clauses contractuelles spécifiques<sup>1261</sup>. Non finalisé en 1995, ce système de la protection contractuelle des flux transfrontières de données a dû attendre le tournant du millénaire pour constituer une garantie supplémentaire de la liberté internationale de traitement des données personnelles<sup>1262</sup>.

Reproduisant la même interdiction de principe de transfert de données personnelles vers un État tiers ou une organisation internationale dans le cadre de l'ex troisième pilier de l'UE, la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale reproduit un régime de dérogation tout aussi large. Avant même d'en arriver aux dérogations, les quatre motifs alternatifs et non cumulatifs légitimant une telle communication de données personnelles sont particulièrement étendus, l'existence d'un niveau de protection adéquat des données au sein de cet État tiers ou de cette organisation internationale ne constituant qu'un de ces motifs<sup>1263</sup>. Ainsi, la simple exigence d'un but légitime comme le caractère nécessaire du

1260 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 23.11.1995, art. 26,1, respectivement a), b) c), d) et f).

1261 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 23.11.1995, art. 26,2: « Sans préjudice du paragraphe 1, un État membre peut autoriser un transfert, ou un ensemble de transferts, de données à caractère personnel vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat au sens de l'article 25 paragraphe 2, lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants; ces garanties peuvent notamment résulter de clauses contractuelles appropriées ».

1262 Voir *infra*.

1263 Décision-cadre 2008/977/JAI préc., article 13, 1: « Les États membres font en sorte que les données à caractère personnel qui sont transmises ou mises à disposition par l'autorité compétente d'un autre État membre ne puissent être transférées à des États tiers ou à des instances internationales que si a) cela est nécessaire à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, ou d'exécution de sanctions pénales; b) l'autorité destinataire de l'État tiers ou l'instance internationale destinataire est chargée de la prévention et de la détection des infractions pénales, des enquêtes et des poursuites en la matière ou de l'exécution des sanctions pénales; c) l'État membre auprès duquel les données ont été collectées a donné son accord au transfert dans le respect de sa législation nationale, et d) l'État tiers ou l'instance

traitement « à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, ou d'exécution de sanctions pénales » suffit pour légitimer le transfert. Quant aux dérogations, elles permettent de se dispenser de l'exigence d'un niveau adéquat de protection des données dans l'État tiers ou dans l'organisation internationale et même du consentement de l'État dans lequel de telles données ont été collectées pour des motifs tous aussi larges<sup>1264</sup>. Dans ce cas également, le caractère restrictif des interdictions aux transferts de données personnelles constitue davantage une façade que la réalité, marquée par une liberté de transfert de ces données.

*b-2) Les exceptions contractuelles ultérieures à l'interdiction d'exportation de données personnelles*

Ces exceptions ultérieures sont de deux types : celles exclusives à l'échange euro-américain de données personnelles et celles énoncées dans un cadre général. Elles constituent toutes deux un exemple édifiant de substitution du contrat à l'acte unilatéral en matière de police administrative spéciale.

Le cadre de l'échange de données personnelles entre l'Union européenne et les États-Unis connu sous le nom de *Safe Harbor* ou « sphère de sécurité » est une première exception. Son adoption est justifiée par un certain contexte : ce régime d'exception constitue l'armistice d'une guerre commerciale qui n'a pas eu lieu<sup>1265</sup>. Une application trop rigoriste de l'article 25 de la directive 95/46 aurait pu conduire à entacher de risques juridiques sérieux l'ensemble des flux de données personnelles entre l'UE et des États tiers non homologués, mettant ainsi en péril le développement de la société de l'Information. L'adoption de procédés plus souples permettant d'assurer un degré minimal de sécurité juridique aux flux transfrontières de données personnelles s'imposait alors afin d'éviter une guerre commerciale majeure qui se serait vraisemblablement conclue au détriment de l'UE. En effet, l'attitude franchement hostile des États-Unis à cette procédure a été abondamment exposée par la doctrine nord-américaine dans des termes allant de

internationale concerné assure un niveau de protection adéquat pour le traitement de données envisagé ».

1264 Décision-cadre 2008/977/JAI préc., article 13, 2 et 3: « 2. Le transfert sans accord préalable conformément au paragraphe 1, point c), n'est autorisé que si le transfert de données est essentiel pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique d'un État membre ou d'un État tiers ou pour les intérêts essentiels d'un État membre et que l'accord préalable ne peut pas être obtenu en temps utile. L'autorité compétente pour donner cet accord est informée sans délai. 3. Par dérogation au paragraphe 1, point d), les données à caractère personnel peuvent être transférées si a) la législation nationale de l'État membre qui transfère les données le prévoit i) pour des intérêts spécifiques légitimes de la personne concernée, ou ii) lorsque des intérêts légitimes prévalent, en particulier des intérêts publics importants, ou b) l'État tiers ou l'instance internationale destinataire prévoit des garanties qui sont jugées adéquates par l'État membre concerné conformément à sa législation nationale ».

1265 CADOUX Louise et TABATONI Pierre, « Les défis d'Internet à la protection de la vie privée: institutions, marchés et techniques en Europe et aux États-Unis », in TABATONI Pierre (sous la direction de), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tome 1, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000, p. 25: « Le conflit commercial entre l'Union européenne et les États-Unis, qui dure depuis deux ans, illustre bien le caractère stratégique du traitement de la vie privée dans les échanges économiques, et le conflit culturel qui en est le fondement. En effet, l'opposition entre ces deux systèmes de protection a été dramatisée par l'article 25 de la Directive européenne de 1995, qui dispose qu'à défaut de protection adéquate, les données personnelles collectées en Europe ne pouvaient pas être transférées et exploitées commercialement en dehors de l'Union ».

l'alarmisme<sup>1266</sup> à la rhétorique souverainiste unilatéraliste<sup>1267</sup>. Une telle hostilité aurait pu se traduire par la saisine de l'Organe de Règlement des Différends (ORD) à l'OMC ; une telle procédure aurait eu alors des chances d'aboutir. En effet, au terme de sa jurisprudence, l'ORD n'admet de restrictions au commerce international pour le motif de la protection d'un intérêt extra économique que si et seulement si, premièrement, la mesure de restriction au commerce international est nécessaire dans son principe<sup>1268</sup>, deuxièmement, si elle n'aboutit pas à créer de discrimination entre les produits de l'État considéré et ceux des autres membres de l'OMC<sup>1269</sup>, enfin, s'il n'existe pas de mesures alternatives permettant à la fois de protéger l'intérêt extra économique invoqué et de limiter au strict nécessaire les restrictions au commerce international<sup>1270</sup>. Ce troisième critère, connu comme le test de la « non-alternative », apparaît particulièrement pertinent pour expliquer le choix de l'UE en faveur de procédés purement contractuels ou d'autorégulation afin d'assurer la libre circulation des données.

En effet, comme le rappelle le professeur Yves Pouillet, « l'autonomie des moyens laissée aux États membres de l'OMC ne peut aller jusqu'à interdire des restrictions aux importations de produits ou services alors que d'autres moyens moins restrictifs permettent d'atteindre ce but ». Cela explique ainsi la nécessité de ne pas aboutir à l'interdiction de tout flux transfrontières de données personnelles pour le seul motif de la protection des droits fondamentaux, ce qui justifie l'adoption sous la menace d'une guerre commerciale par l'UE au tournant du dernier millénaire de mesures alternatives à l'interdiction pure et simple des transferts<sup>1271</sup>.

Entre les États-Unis d'une part, l'UE et ses États membres d'autre part, de tels conflits de lois ne sont pas rares. Ils opposent alors, sur une même question de fait, deux conceptions, l'une souple et l'autre caractérisée par une grande rigidité. Cette dernière justifie alors l'adoption de mesures internes ayant une portée extraterritoriale. Cette attitude plus protectrice d'un intérêt ou d'une politique législative dépend de la sensibilité de l'opinion publique et de ses représentants sur cette

1266 CRUTCHFIELD GEORGE Barbara, LYNCH Patricia et MARSNIK Susan J., « U.S. Multinational employers: navigating through the « Safe harbor » principles to comply with the EU data privacy directive », *American Business Law Journal*, vol. 38, 2001, p. 736: « Noncompliance with the Directive has the potential for causing economic chaos for U.S.-based businesses by halting all personal data flow from the Member States » ; MOVIUS Lauren B. et KRUP Nathalie, « U.S. and EU privacy policy: comparison of regulatory approaches », *International Journal of Communication*, 2009, n° 3, p. 171: « Regulatory spillovers and differences in policy create wasteful bureaucracy, confusion, and inefficiencies for countries and companies involved, as well as for the public. Excessive regulatory spillover in the U.S. and EU could disrupt both economies. The potential for harm lies in the fact that the U.S. and the EU enjoy the world's largest bilateral trade relationship. Such trade and investment demonstrate a high degree of interdependence between the two economies ».

1267 Voir à cet égard l'ouvrage de référence, dont le moins que l'on puisse dire est que le titre constitue en lui-même une promesse de guerre commerciale de la part des États-Unis d'Amérique envers l'Europe: SWIRE Peter et LITAN Robert, *None of your Business, World data Flows, Electronic and the European Privacy Directive*, Brookings Inst. Press, Washington DC, 1998.

1268 GATT, article XX. Pour une explication particulièrement approfondie des différentes acceptions de cette condition de nécessité, voir le rapport de l'ORD, Corée – mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R du 11 décembre 2000, §§152-164.

1269 Pour un exemple, voir Groupe spécial, Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, DS10/R – 37S/214, 7 novembre 1990.

1270 Groupe spécial, Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, DS10/R – 37S/214, 7 novembre 1990: le Panel a considéré dans ce rapport que la protection de la santé et de la lutte contre le tabagisme constituaient certes des objectifs légitimes à une restriction du commerce international, mais que de tels objectifs pouvaient être atteints par d'autres voies que celle choisie par la Thaïlande, à savoir la prohibition de toute importation de cigarettes. Partant, il a conclu à une violation du GATT.

1271 POULLET Yves, « Pour une justification des articles 25 et 26 de la directive européenne 95/46 CE en matière de flux transfrontières et de protection des données », *CCE*, décembre 2003, p. 13.

question. A cet égard, un traumatisme historique lié à une question précise apparaît comme bien souvent à l'origine d'une conception rigide et protectrice des normes qui seront par la suite adoptées à ce sujet.

A cet égard, il existe dans les États européens directement concernés par la seconde guerre mondiale un traumatisme lié à l'extermination industrielle et rationnelle des populations juives. L'efficacité de cette sinistre entreprise aurait été tout autre sans le recours au traitement rationnel de l'information personnelle dans le recensement et la traque des juifs par l'Allemagne nazie et ses alliés. Cette conscience aiguë et locale des risques liés à l'informatique apparaît comme directement à l'origine des législations protectrices des données personnelles adoptées assez tôt dans les États européens. Ce caractère protecteur justifie leur extraterritorialité, imposant notamment leur applications aux entreprises américaines n'ayant pas leur siège social établi en Europe. En comparaison, les États-Unis d'Amérique, qui n'ont pas expérimenté sur leur territoire de tels événements, ont une réglementation en matière de traitement de données personnelles considérablement plus souple.

Une telle appréhension différente d'un même fait en fonction d'un traumatisme collectif est observable aux États-Unis en matière boursière. Un détour par la comparaison entre les polices boursières américaines et françaises s'impose car ce domaine constitue à notre connaissance le premier domaine d'élection du procédé de *Safe Harbor*. En effet, le concept de *Safe harbor* n'est pas spécifique au droit des données personnelles mais existe aux États-Unis depuis une vingtaine d'années où, dans son acception la plus simple, il est défini comme « une disposition légale ou réglementaire qui met à l'abri contre une sanction administrative ou une action en responsabilité civile »<sup>1272</sup>. Il trouve ainsi à s'illustrer également, avec la même finalité de recherche de sécurité juridique, dans le droit communautaire des marchés financiers<sup>1273</sup>. L'intransigeance de la réglementation boursière américaine trouve son origine dans le traumatisme collectif constitué par le Krach boursier de 1929<sup>1274</sup>. Les États européens, qui ont certes subi cette crise, n'ont pas expérimenté à ce point un tel traumatisme collectif sur cette question<sup>1275</sup>.

La conséquence de cette différence d'expérience historique du Krach de 1929 entre les États Unis d'Amérique et les États européens a été la mise en place précoce chez les premiers non seulement d'un régime comparable à une police administrative spéciale encadrant la liberté de spéculation boursière, mais encore dotée d'une portée extraterritoriale non comparable dans son ampleur aux législations européennes.

Dans l'ordre interne, l'objectif de l'action de la COB française comme de la SEC américaine « ne vise pas simplement à moraliser les marchés boursiers mais également à les faire croître. Le développement des marchés boursiers n'est d'ailleurs lui même qu'un but intermédiaire de la réglementation boursière, l'objectif final étant de leur faire jouer un rôle constructif, et non

1272 FELIX Arnaud, « La transposition par l'AMF de la Directive Abus de marché en matière de rachat d'actions: que reste-t-il du *safe harbor*? », *RDBF*, septembre-octobre 2005, p. 51.

1273 FELIX Arnaud, *op. cit.*, pp. 51-55.

1274 CONAC Pierre-Henri, *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (COB) et la Securities and exchange commission (SEC)*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 386, 2002, p. 202 : « la réglementation boursière est animée aux États-Unis par une peur viscérale, et bien compréhensible étant donné leur expérience historique, du krach boursier et de ses conséquences potentiellement dévastatrices sur l'économie. La lutte, directe ou indirecte, contre la spéculation s'inscrit ainsi dans le cadre d'une politique de prévention active des krachs boursiers ».

1275 CONAC Pierre-Henri, *op. cit.*, p. 202 : « L'hostilité envers les opérations spéculatives n'a pas été aussi manifeste en France, sans doute parce qu'un krach aussi dévastateur que celui de 1929 aux États-Unis ne s'y est jamais produit ».

destructeur, dans l'économie de marché »<sup>1276</sup>. Ces deux autorités mettent donc toutes deux en œuvre une fonction de police, en visant à produire de la liberté. Dans ce cadre purement interne, il n'existe pas de différence fondamentale dans l'objet et les moyens des polices boursières américaines et françaises. Or, à l'instar du droit des données personnelles le droit boursier s'est vu subir la contrainte de l'internationalisation, celle des marchés boursiers<sup>1277</sup> ou, plus précisément, celle de la liberté de spéculer. En l'absence d'adoption de normes internationales communes à l'encadrement de cette liberté, soit d'une convention de police, cette internationalisation s'est traduite par la confrontation entre des réglementations nationale d'origine distincte, soit des lois de police nationales. La spécificité américaine, matérialisation du traumatisme lié au krach de 1929, se traduit par l'extraterritorialité impérative de sa réglementation boursière. Cette dernière ne reconnaît pas, à l'instar de la réglementation française, de principe d'équivalence<sup>1278</sup>, ce qui implique de la part des investisseurs étrangers qu'ils soient enregistrés auprès de la SEC lorsqu'ils sollicitent les investisseurs américains. L'asymétrie entre ces obligations, joint au caractère extraterritorial assez contraignant de la législation américaine, aurait pu là aussi, à l'instar de ce que l'on peut observer en droit des données personnelles, conduire à des entraves préalables à la liberté des opérations de bourse. Là aussi, la solution ne pouvant passer par l'adoption d'une norme commune ou par la reconnaissance d'un principe d'équivalence mutuelle entre le degré de protection de l'ordre public boursier apporté respectivement par la législation américaine et la législation française, une solution provisoire a été l'adoption de mécanismes de *Safe Harbor*, définies par la SEC, et permettant aux intermédiaires étrangers, sous un certain nombre de conditions assez restrictives, de solliciter des investisseurs américains sans s'enregistrer<sup>1279</sup>. Ces mécanismes consistent en des lignes de conduites incitatives fixées par la SEC. Elles « n'ont pas de caractère obligatoire mais les opérateurs ne peuvent que les appliquer s'ils souhaitent limiter les risques de mise en jeu de leur responsabilité. En effet, le respect du *Safe Harbor* constitue une présomption de conformité des opérations avec la loi »<sup>1280</sup>.

Importé du droit boursier, le mécanisme de *Safe Harbor* ne paraît pas apporter de réelle sécurité juridique aux opérations de transferts internationaux de données personnelles. En effet, ces principes ne permettent de garantir qu'un niveau très approximatif de protection des données personnelles ne serait ce que parce qu'ils constituent des procédés aboutissant à une privatisation intégrale d'un régime de police administrative. Or, cela est contradictoire avec le principe même de l'édiction d'une police administrative spéciale, qui implique justement de la part du législateur la conscience de l'échec prévisible de l'« autorégulation » sur une question donnée.

Cette procédure de *Safe harbor* est spécifique aux seules entreprises ressortissantes des États-Unis d'Amérique. La prise en compte de la possibilité d'un recours introduit devant l'ORD de l'OMC – et donc la nécessité corrélative de se soumettre au cadre juridique posé par le Traité de

1276 CONAC Pierre-Henri, *op. cit.*, p. 201.

1277 CONAC Pierre-Henri, *op. cit.*, p. 327 et ss.

1278 CONAC Pierre-Henri, *op. cit.*, p. 334 : Voir également, même page : « Les intermédiaires étrangers qui sollicitent les investisseurs français peuvent bénéficier du principe de l'équivalence des réglementations. La sollicitation des investisseurs français par des intermédiaires étrangers est donc facilitée ». Voir également pp. 335-336 : « En France, le Parlement a adopté une approche à la fois moins contraignante pour les intermédiaires étrangers et beaucoup plus respectueuse de la souveraineté des États étrangers. En effet, l'intermédiaire étranger qui souhaite solliciter des investisseurs français en vue d'effectuer des opérations sur un marché étranger n'a pas à obtenir un agrément en France dès lors qu'il est agréé par l'autorité compétente de son pays d'origine, et que les autorités françaises estiment qu'il est soumis à des règles de compétence, d'honorabilité et de solvabilité équivalentes à celles exigées en France » .

1279 CONAC Pierre-Henri, *op. cit.*, p. 337.

1280 CONAC Pierre-Henri, *op. cit.*, p. 75.

Marrakech - est nettement perceptible dans la décision de la Commission du 26 juillet 2000 portant homologation de ce procédé<sup>1281</sup>. Le système du *Safe Harbor* en matière de protection des données personnelles a été adopté par le département du Commerce américain le 21 juillet 2000 et approuvé par la décision de la Commission du 26 juillet 2000 malgré l'opposition du Parlement européen formalisée par sa résolution du 5 juillet 2000, et réitérée depuis. La principale caractéristique de ce système « réside dans le fait qu'il repose sur une logique non point législative mais plutôt d'autorégulation », les entreprises américaines adhérentes à ces lignes de conduites s'engageant volontairement et sous leur seul contrôle à respecter les principes essentiels de la protection des données personnelles<sup>1282</sup>. Ce système est appelé à évoluer très rapidement dans la mesure où les failles béantes de ce système des *Safe Harbor* en terme de protection des données personnelles sont mises en évidence de manière convergente, avec plus ou moins de nuances, par le groupe de travail de l'article 29<sup>1283</sup>, le Parlement européen à deux reprises<sup>1284</sup> et même la Commission européenne<sup>1285</sup>.

Ce système du *Safe harbor* ne fait qu'anticiper une autre alternative mise en œuvre par la Commission européenne en application des dispositions de la directive 95/46 : celle des garanties contractuelles de la protection des données personnelles dans le cadre des flux transnationaux de données. Une telle solution est directement inspirée d'une pratique innovante de la CNIL dans les années 1980, en l'absence de disposition précise au sein de la loi du 6 janvier 1978 sur les garanties apportées à un transfert de données à destination d'un État ne comportant pas un niveau suffisant de protection des données<sup>1286</sup>. Dans le cadre de l'échange général de données, les

1281 Décision 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, JOUE L215 du 25 08 2000, p.7, point n° 4 du préambule : « Compte tenu des conceptions différentes de la protection des données dans les pays tiers, l'application du caractère adéquat de cette protection et l'application de toute décision au titre de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46/CE doivent se faire d'une façon ne désavantageant de façon arbitraire ou injustifiée aucun des pays tiers où des conditions similaires existent et *ne constituent pas un obstacle déguisé aux échanges, eu égard aux engagements internationaux actuels de la Communauté* ».

1282 MOAL-NUYTS Carole, « Le transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis conformément au droit européen », *RTDE*, juillet-septembre 2002, n° 38(3), p. 458.

1283 G29, avis 4/2000 du 16 mai 2000.

1284 Résolution du 5 juillet 2000 sur le projet de décision de la Commission relative à la pertinence des niveaux de protection fournis par les principes de la « sphère de sécurité » et les questions souvent posées y afférentes, publiées par le ministère du commerce des États-Unis ; Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures (2013/2188(INI)).

1285 Rapports d'évaluation de la Commission sur l'application des principes de la « sphère de sécurité » du 13 février 2002 (SEC(2002)0196) et du 20 octobre 2004 (SEC(2004)1323) ; communication de la Commission du 27 novembre 2013 sur le fonctionnement de la « sphère de sécurité » du point de vue des citoyens européens et des entreprises établies dans l'Union (COM(2013)0847) et la communication de la Commission du 27 novembre 2013 sur le rétablissement de la confiance à l'égard des flux de données entre l'Union européenne et les États-Unis (COM(2013)0846).

1286 Délibération n° 89-78 du 11 juillet 1989 relative à la transmission d'informations relatives aux cadres supérieurs de la société Fiat- France à la société Fiat à Turin : en l'absence de toutes dispositions protégeant les données personnelles en Italie et dans la mesure où cet État n'était pas partie contractante à la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, la CNIL a demandé à la Société Fiat de respecter par contrat les dispositions de la Convention 108 et de la loi du 6 janvier 1978, à défaut de quoi chaque flux d'information devrait subir au préalable une procédure d'autorisation au titre de l'article 24 de cette loi. Voir également CNIL, 10<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1989, La Documentation française, 1990, pp. 32-34.

articles 25 et 26 de la directive 95/46 constituent une exigence de droit matériel, au terme de laquelle un transfert international de données n'est licite que si le pays de destination offre un niveau de protection adéquat. Lorsque ce n'est pas le cas, le droit communautaire a imaginé la signature de contrats munis de clauses-type. Le contrat de transfert de données ou de sous-traitance est soumis de manière impérative à la loi de l'État membre dans lequel l'exportateur de données est établi, ainsi qu'il ressort de deux décisions communautaires: la décision relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers<sup>1287</sup> et celle relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays sous-traitants établis dans des pays tiers<sup>1288</sup>. Au terme de ces contrats, l'importateur de ce types de données s'engage, au terme de la clause n° 5b définie par la décision 2001/497 soit à respecter une liste de principes qui reprend exactement le contenu de la directive de 1995, soit à se soumettre à l'ensemble des règles applicables dans le pays exportateur de données sous certaines conditions, soit à se soumettre à l'ensemble des règles applicables dans un pays tiers à la Communauté dès lors que ce pays offre un niveau adéquat de protection. Cette solution, adoptée par la Commission dans sa décision du 15 juin 2001 précitée<sup>1289</sup>, offre ainsi une alternative globale, et non plus réservée aux seules entreprises résidentes des États-Unis, au respect du droit communautaire des données personnelles pour les entreprises ayant leur siège dans des États ne disposant pas d'un niveau suffisant de protection des données personnelles. De telles garanties contractuelles sont reprises et étoffées dans la proposition de règlement de janvier 2012<sup>1290</sup>.

Or, au regard du caractère objectif des garanties du droit de la protection des données personnelles<sup>1291</sup>, de telles alternatives ne conduisent pas à assurer de manière satisfaisante la sécurité juridique des échanges de données, dans la mesure où elles ne préviennent pas les risques de l'invocation *a posteriori* du respect du droit des données personnelles en tant qu'exception d'ordre public international<sup>1292</sup>. En effet, là où la CNIL et ses équivalents ne peuvent

1287 Décision n° 2001/497/CE de la Commission du 15 juin 2001 en vertu de la directive 95/46/CE, JOCE L 181 du 4 juillet 2001, décision relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers, point 17: « Le droit régissant le contrat doit être le droit de l'État membre dans lequel l'exportateur de données est établi qui autorise un tiers bénéficiaire à faire exécuter un contrat ».

1288 Décision n° 2002/16/CE de la Commission du 27 décembre 2001, JOCE L 6 du 10 janvier 2002, décision relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays sous-traitants établis dans des pays tiers, point 18: « Le contrat doit être régi par le droit de l'État membre dans lequel l'exportateur de données est établi et qui permet à un tiers bénéficiaire de faire exécuter un contrat ».

1289 Décision n° 2001/497/CE de la Commission du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE, JOCE L 181 du 4 juillet 2001, p. 19.

1290 Proposition de règlement de janvier 2012, articles 42 et 43.

1291 Voir *infra*, Deuxième partie, Titre 2.

1292 HUET Jérôme, *Étude relative aux contrats encadrant les transferts de données personnelles entre les parties à la Convention 108 et les pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat*, Groupe de rédaction du comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE 108), T-PD-GR (2000) 2, Strasbourg, 9 novembre 2000, p. 20: « L'analyse des possibilités d'appréhension du phénomène de transfert international de données personnelles par voie de clauses contractuelles, au regard notamment du droit des obligations, a permis de montrer un certain nombre de faiblesses de ce dispositif. D'une part, on observe que, même si les obligations généralement insérées dans les modèles de contrats permettent de donner quelques assurances quant à la sécurité des données et au respect d'un certain nombre de principes (finalité, accès, rectification...), le procédé de la stipulation pour autrui, indispensable pour autoriser les personnes concernées à exercer leurs droits, présente des faiblesses en raison du fait que certains systèmes juridiques ne la reconnaissent pas, et qu'au cas de réexportation des données vers un second pays tiers, la nécessité de dédoubler la stipulation pour autrui rend le système

faire appliquer, de manière extraterritoriale leurs mesures de police restrictives de la liberté de traitement, et en présence d'un principe, autant de fait que de droit, de liberté internationale de traitement des données personnelles, il fallait faire un choix entre un intérêt à privilégier et un autre à sacrifier. Le choix a été clair : la liberté de traitement des données est le principe et sa restriction l'exception, et ce d'autant qu'elle est sensée résulter de l'application de normes contractuelles.

Il résulte de tout ce qui précède que dans l'ordre interne, le droit des données personnelles constitue une police administrative spéciale en bonne et due forme et que, à l'égard des ordres juridiques tiers, ce même droit fonctionne comme une loi de police au sens du droit international privé. Pour réunir ces deux volets -interne et externe- de l'application du droit des données personnelles, l'emploi du concept de police administrative spéciale paraît plus pertinent que celui de régulation.

## *Section 2 – Un aménagement ne pouvant être qualifié de régulation*

Par rapport aux conceptions dominantes réduisant le droit des données personnelles à un seul droit « de » ou « à » la protection des données, l'emploi du terme de régulation constitue certes un progrès, mais dont l'apport doit être relativisé (§1). L'emploi de la notion de police administrative spéciale ne se justifie au regard de celle de régulation qu'à raison de la plus grande valeur explicative de la première. Mais cela ne va pas sans une évolution nécessaire de la notion de police administrative spéciale (§2).

### **§1 – La pertinence relative du terme de régulation**

Par rapport à une conception métonymique du droit des données personnelles réduisant ce dernier à la protection de la personne fichée, l'emploi du terme de régulation constitue un progrès indéniable car il permet de réintroduire une approche objectiviste de la matière, permettant alors une appréhension globale de ses enjeux (A). Mais une recherche visant à établir avec précision l'articulation des enjeux du droit des données personnelles, si elle peut prendre ce terme de régulation comme point de départ, ne peut s'y arrêter à raison de la pertinence plus grande de la notion de police administrative spéciale pour ce faire (B).

passablement complexe. D'autre part, et surtout, on a pu constater que le mécanisme du contrat est assez mal adapté pour garantir l'efficacité de règles qui relèvent avant tout de la catégorie des lois de police, dont le respect devrait pouvoir être assuré par des autorités de contrôle susceptibles d'investiguer et de sanctionner, alors que sur le terrain du droit des obligations, la sanction des écarts de conduite des détenteurs des données est constituée essentiellement par la possibilité pour les personnes concernées, au cas où elles souffrent un préjudice, d'en obtenir la réparation grâce à l'allocation de dommages-intérêts ».

## A/ La considération du droit des données personnelles comme d'une régulation : un progrès

Ce progrès dans la conception du droit des données personnelles tient aux caractéristiques essentielles attribuées à la notion de régulation (1), qui permettent, appliquées au droit des données personnelles, de se faire une première idée de l'articulation des enjeux de cette branche du droit (2).

### 1) Définition de la notion régulation

Il n'est pas dans notre propos de réaliser dans le cadre de cette thèse une étude exhaustive de la notion, à l'instar de ce qu'a pu en faire le professeur Calandri dans sa thèse<sup>1293</sup>, mais seulement d'en présenter ce qui nous paraît être ses principales caractéristiques. Deux d'entre elles nous paraissent essentielles, qui tiennent d'une part à la fonction qui lui est prêtée en droit, à savoir la recherche d'un équilibre (a) et, d'autre part, à son caractère interdisciplinaire, permettant à des auteurs de formation et de spécialité différentes d'étudier un même objet (b).

#### a) La régulation, concept visant la réalisation d'un équilibre

La notion de régulation, issue des sciences dures, « est directement liée à l'existence de systèmes complexes. En biologie, cette notion renvoie à un processus d'adaptation »<sup>1294</sup>. Son passage par la sociologie permettra d'affiner sa définition : « le terme de régulation s'impose pour désigner l'action des mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence »<sup>1295</sup>. En droit, avant d'être un terme employé de nos jours couramment par des auteurs essentiellement privatistes et/ou spécialisés en droit économique, le terme de régulation constituait un objet de réflexion essentiellement publiciste. Dans ce cadre, il avait une portée assez large car non réduite *a priori* au domaine économique.

Cette prédominance d'alors s'explique par le fait que le terme de régulation constituait une hypothèse permettant de définir le phénomène des AAI comme une catégorie juridique nouvelle. Le foisonnement de telles autorités dans un contexte de déréglementation justifie l'intérêt particulièrement marqué par les auteurs de droit public pour ce concept tout au long des années 1980.

Ainsi, l'apparition de la CNIL sous l'appellation nouvelle d'autorité administrative indépendante et l'emploi de la formule par le Conseil constitutionnel dès 1984 pour désigner la Haute autorité de communication audiovisuelle<sup>1296</sup> ont très tôt conduit certains auteurs à s'interroger sur l'existence d'une catégorie juridique unifiée des AAI. En raison de l'hétérogénéité des moyens et des missions de chacune, la doctrine a testé plusieurs critères, dont la pertinence de certains paraît rétrospectivement sujette à caution<sup>1297</sup>. Elle a toutefois dégagé un critère permettant de conférer une unité à cette catégorie: leur fonction de régulation<sup>1298</sup>. La régulation s'entend alors, dans le

1293 Pour une recherche d'ensemble sur la notion de régulation, voir CALANDRI Laurence, *op. cit.*.

1294 ISIDORO Cécile, *op. cit.*, p. 407.

1295 CROZIER Michel, *État modeste, État moderne*, Fayard, 1987, p. 123.

1296 Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63, considérant 4.

1297 voir *infra*.

1298 TEITGEN-COLLY Catherine, « Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution », in COLLIARD Claude-Albert et TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, pp. 23-

cadre de ce débat, comme « la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi. Elle implique, dans une certaine mesure, ce qu'on appelle une vision « systémique » de la société et de ses rapports avec l'État »<sup>1299</sup>. De manière plus précise, elle se comprend comme le fait « d'encadrer un secteur de la vie sociale, encadrement à réaliser dans le respect de l'équilibre des intérêts voulu par le législateur et qui peut appeler à des arbitrages entre ces intérêts. Il ne s'agit ni d'une action matérielle de prestations de services ou de gestion d'une activité de l'Administration, ni de la détermination de politiques qui relève des gouvernants. La régulation consiste à veiller au respect des règles du jeu social et à maintenir par là la cohésion sociale »<sup>1300</sup>. L'idée intéressante dans ces définitions pour la définition de l'objet du droit des données personnelles est que la fonction de régulation désigne la recherche d'un équilibre, qui implique la conciliation d'intérêts contradictoires<sup>1301</sup>.

Plus récemment, la notion de régulation semble s'être recentrée sur le domaine économique, en conservant cette fonction de recherche d'un équilibre non naturel. Elle est alors essentiellement utilisée par des spécialistes du droit économique, majoritairement d'origine privatiste. Dans ce cadre, le professeur Frison-Roche définit la régulation comme « l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentiels »<sup>1302</sup>.

A ce stade de l'analyse, un premier rapprochement entre les notions de régulation et de police administrative spéciale peut être souligné : sans rentrer encore dans le détail des modalités comparées<sup>1303</sup>, toutes deux visent à la protection d'un équilibre non naturel. Le caractère large d'une telle protection explique pourquoi son emploi est spontané pour décrire des phénomènes dépassant de loin la seule activité de police, comme la régulation contentieuse effectuée par le Conseil d'État<sup>1304</sup> ou la régulation fiscale<sup>1305</sup>. Malgré cela, dans leurs études sur la notion ou

24 : « L'idée d'œuvre à réaliser tient pour les autorités administratives indépendantes à la fonction de régulation sociale qui leur est impartie dans des secteurs donnés, fonction acceptée par le groupe social considéré ». Voir également TEITGEN-COLLY Catherine, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, janvier-février, pp. 153-261.

1299 GAZIER François et CANNAC Yves, « Étude sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1983-1984, p. 20 ; FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 610. Voir également MARCOU Gérard, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 349 : la régulation est « la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi [et] implique, dans une certaine mesure, ce qu'on appelle une vision « systémique » de la société et de ses rapports avec l'État ».

1300 TEITGEN-COLLY Catherine, *op. cit.*, pp. 26-27.

1301 CHEVALLIER Jacques, « COB, CNIL, CNCL et Cie: la « philosophie » des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, n° 146, décembre 1988, p. 20: « Leur fonction ne consiste pas à fournir des prestations au public, mais à encadrer le développement de secteurs sensibles, en s'efforçant de concilier et d'harmoniser les intérêts en présence ».

1302 FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), « Les engagements dans les systèmes de régulation », Presses de Science-Po/Dalloz, 2006, p. 37. Pour des définitions équivalentes, voir par exemple DU MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science-Po et Dalloz, 2004, p. 483 ; LOMBARD Martine, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 531-532.

1303 Qui sera traité *infra* et qui constitue la plus-value à notre sens définitive de l'emploi du concept de police administrative spéciale sur celui de régulation.

1304 Voir par exemple GENTOT Michel, « Le Conseil d'État régulateur du contentieux administratif », *RA*, 1999, pp. 4-14.

1305 COLLET Martin, « Le droit fiscal, berceau de la régulation? », in REVET Thierry et VIDAL Laurent, *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009, pp. 39-58.

l'institution de régulation, les auteurs qui se sont penchés sur la question excluent systématiquement cet aspect<sup>1306</sup>.

Dans ces conditions, comment expliquer la plus-value de la première sur la seconde, qui aboutit aujourd'hui à ce que l'emploi du terme de police administrative spéciale soit de plus en plus rare en doctrine ? Par le caractère interdisciplinaire de la notion de régulation, à un moment où le droit, *a fortiori* le droit public, subit de plein fouet l'influence du droit international, de droits étrangers ainsi que d'autres disciplines non juridiques.

## b) La régulation, concept fédérateur

Ce caractère fédérateur constitue à notre sens la plus-value essentielle du concept de régulation par rapport à une acception classique de la notion de police administrative spéciale. Il justifie son emploi massif dans le domaine du droit des données personnelles.

Ce rôle fédérateur a été clairement mis en lumière par le professeur Chevallier, pour qui « le concept de régulation présente tous les aspects d'un paradigme de ce type [scientifique], dès l'instant où il tend à être utilisé par la plupart des sciences sociales, en permettant dès lors aux chercheurs venant d'horizons disciplinaires variés de dialoguer »<sup>1307</sup>. Emprunté au domaine des sciences dures, le concept de régulation a trouvé à s'acclimater en sciences sociales, plus précisément en sociologie<sup>1308</sup> et en économie.

Le sens que ce concept a en économie et en droit est assez comparable pour justifier l'interpénétration de ces deux disciplines dans le cadre du droit économique. D'une part, « En économie, le concept de régulation est utilisé pour rendre compte des différents mécanismes par lesquels le système économique parvient à l'équilibre : le couple équilibre/régulation est au centre des analyses économiques, la régulation étant posée comme la condition de réalisation de l'équilibre »<sup>1309</sup>. En droit, la signification du terme est plus riche. Le concept de régulation y est alors « utilisé à un double point de vue : d'abord, d'un point de vue externe, le droit sera considéré comme un moyen de régulation des conduites (la fonction de régulation apparaissant comme une des fonctions essentielles de la norme juridique), par la diffusion de modèles de conduite ; ensuite, d'un point de vue interne, le droit sera considéré comme un système disposant d'une certaine cohésion spécifique supposant l'existence de dispositifs de régulation (notamment les juridictions), destinés à éliminer les contradictions éventuelles et à renforcer en permanence sa cohérence »<sup>1310</sup>.

Or, le sens attribué par le professeur Chevallier au concept de régulation en économie coïncide assez naturellement avec le premier sens qu'il lui donne en droit. Cette coïncidence résulte de ce que ces deux disciplines se meuvent, au moins en France, dans un contexte libéral. Cela explique qu'en droit économique, les contributions des auteurs juristes privatistes et économistes se trouvent à ce point mises en avant. En effet, l'objet de la police et de la régulation est la réglementation de la liberté. Or, l'étude de la liberté est une question tout aussi centrale aux

1306 RAMBAUD Romain, *op. cit.*, p. 35. CALANDRI Laurence, *op. cit.*, p. 44 et ss.

1307 CHEVALLIER Jacques, « De quelques usages du concept de régulation », in MIAILLE Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 73.

1308 Et plus précisément au sein de la théorie cybernétique. Voir CHEVALLIER Jacques, « De quelques usages du concept de régulation », in MIAILLE Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 75 : « Le concept de régulation est un élément essentiel de la vision cybernétique : c'est ce qui permet aux systèmes organisés de corriger leurs actions, par l'information qu'ils reçoivent sur les résultats obtenus et les réactions de l'environnement ».

1309 CHEVALLIER Jacques, *op. cit.*, p. 79.

1310 CHEVALLIER Jacques, *op. cit.*, p. 80.

juristes et aux économistes. Dans le contexte du droit naturel et du libéralisme, elle apparaît d'ailleurs commune aux deux champs scientifiques<sup>1311</sup>. Les privatistes ont pour objet d'étudier les manifestations juridiques de la liberté, ainsi que la façon dont les personnes privées règlent leurs rapports librement. Les économistes ont pour objet d'étude les conséquences qui dérivent de l'action libre des individus sur le marché. Dans ces conditions, l'emploi en droit du concept de régulation permet de repérer un domaine particulièrement ouvert à l'interdisciplinarité et/ou à l'internationalisation, ce qui est manifestement le cas du droit des données personnelles<sup>1312</sup>.

Au terme de ce qui précède, l'intérêt de l'emploi de la notion de régulation est qu'il permet de faire référence à des procédés permettant de garantir un équilibre non naturel, de manière assez générale pour pouvoir être employé par des auteurs issus de champs disciplinaires différents. Cela justifie pleinement la concurrence observable, au sein des discours de la doctrine juridique, quant à l'emploi du terme de régulation en lieu et place de celui de police administrative spéciale.

## 2) Un progrès apporté à la clarification du droit des données personnelles

Les constructions théoriques proposées par la doctrine n'ont d'intérêt que si elles permettent « de réaliser une économie intellectuelle [ou] de suggérer une explication »<sup>1313</sup>. Tel est l'apport de la notion de police administrative spéciale au droit des données personnelles : en suggérer une explication de l'ensemble de ses manifestations, et ce de manière synthétique, par le recours à cette catégorie juridique bien établie qu'est la police administrative spéciale. Mais une telle qualification ne constitue que l'aboutissement d'un processus d'essai de qualifications concurrentes, comme celle de régulation.

Or, la qualification de régulation apparaît constituer un premier progrès. Ce progrès se comprend par rapport aux analyses publicistes qui n'ont véritablement porté que sur le seul rôle de la CNIL. Même limitées, ces analyses tendent, dans leur ensemble, à prolonger la prise en compte d'un droit des données personnelles centré sur la protection de la personne fichée.

Le recours à la notion de régulation permet de dépasser cette isolation clinique, en proposant une vision d'ensemble nuancée du droit des données personnelles. Ce dernier est alors conçu comme un droit d'équilibre entre l'intérêt individuel qui s'attache à la protection de la personne fichée et l'intérêt collectif qui s'attache à l'utilisation la plus large possible de l'informatique. Cet apport justifie ainsi que le terme ait été publiquement employé tant par l'emblématique ex président de la CNIL, Alex Türk, que par sa présidente actuelle, Isabelle Falque-Pierrotin<sup>1314</sup>.

Dans ces conditions, le recours à cette notion permet un premier arrachement conceptuel du droit des données personnelles à sa seule fonction de protection de la personne fichée. En effet,

1311 LARRERE Catherine, *L'invention de l'économie au XVIII<sup>ème</sup> siècle*, PUF, 1992. Dans cet ouvrage, dont le sous-titre est « Du droit naturel à la physocratie », l'auteur met en évidence la parenté originelle profonde entre ce qui est devenu aujourd'hui deux disciplines distinctes. Cette parenté se retrouve à la lecture des ouvrages d'auteurs économistes comme Hayek et Friedman qui mêlent des considérations que nous classerions en France dans la théorie du droit constitutionnel avec des développements afférents aux théories économiques. Voir *supra*.

1312 Voir *supra*, introduction générale.

1313 TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 956.

1314 TÜRK Alex, « Avant-propos », in *28<sup>ème</sup> Rapport annuel d'activité de la CNIL 2007*, Doc. fr., 2008, p. 7 : la CNIL n'est « plus cette autorité chargée de rendre des avis sur les fichiers publics mais un véritable régulateur, du secteur privé avant tout ». Voir également FALQUE-PIERROTIN Isabelle, « Le droit souple vu de la CNIL : un droit relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles », in *Le droit souple*, EDCE, 2013, pp. 239-255.

l'hypothèse selon laquelle la CNIL serait une autorité de régulation est *a priori* intéressante en ce qu'elle permet de concevoir le droit des données personnelles comme un droit d'équilibre entre deux intérêts apparemment contradictoires (a). Si cette hypothèse permet un premier dépassement du processus d'isolation clinique mis en évidence *supra*, elle tend à proposer une vision statique de la poursuite de ces deux intérêts au sein du droit des données personnelles. Ce point de vue figé empêche de percevoir le caractère dynamique et articulé des relations entre ces deux fonctions, qui aboutit à définir au sein du droit des données personnelles la liberté de traitement comme but, et la protection des données comme limite à cet objectif (b).

a) L'hypothèse de la juxtaposition des deux fonctions de la CNIL

L'intérêt pour le présent sujet de l'emploi du concept de régulation n'apparaît pas immédiatement sans une restriction de son champ à un domaine pertinent. Ainsi, la liaison trop abrupte entre la notion de régulation et l'objectif de protection de la personne fichée a pu conduire à entretenir certaines ambiguïtés. Une telle liaison conduit ainsi à expulser la question de la protection des libertés du champ de la régulation, en en faisant deux finalités parallèles des AAI<sup>1315</sup>. Elle conduit ce faisant à retomber dans le travers précédemment évoqué consistant à ne considérer que le droit de la protection des données personnelles pour définir le droit des données personnelles. *A contrario*, circonscrit au domaine des techniques, cet emploi permet une description assez complète des fonctions du droit des données personnelles. Ainsi, pour le professeur Henri Oberdorff, « la régulation juridique est suscitée pour permettre l'exercice paisible de nouvelles libertés issues de certaines technologies ou plus exactement démultipliées par les techniques de la communication »<sup>1316</sup>. Cette précision apportée à l'emploi de la notion de régulation permet ainsi de faire le lien avec les définitions les plus complètes et les plus nuancées des objectifs du droit des données personnelles. Dans cette conception, « la loi Informatique et Libertés doit s'entendre, avant toute chose, comme une loi visant à définir des équilibres: protection des individus, utilisation des données à des fins commerciales par les entreprises, utilisation des données pour des missions d'intérêt public »<sup>1317</sup>. Cette loi constitue donc un outil permettant d'encadrer la technologie informatique et, par là-même, d'en pérenniser l'usage<sup>1318</sup>.

1315 MAISL Herbert, *op. cit.*, p. 77: « Ainsi, protection des libertés et régulation sociale sont exercées par les autorités administratives indépendantes dans leur double mission: *mission de défense des citoyens, mission de définition d'une déontologie* ».

1316 OBERDORFF Henri, « Quelle intervention du droit? », in CERCRID, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet -Saint Étienne, 1989, p. 14.

1317 DESGENS-PASANAU Guillaume, *op. cit.*, p. 82 ; GRUBER Annie, « E-democracy: la loi « informatique et libertés » en France », *LPA*, 12 octobre 2005, n° 203, p. 6: « La loi du 6 janvier 1978 inaugure une politique de protection des citoyens dans une démocratie libérale en visant un équilibre entre les droits des personnes et la pleine utilisation de l'informatique » ; FRAYSSINET Jean, « La régulation de la protection des données personnelles », *Légicom*, n° 42, 2009/4, pp. 5-6: « la régulation forme un appareillage pour établir et maintenir dans le secteur où elle s'exerce des équilibres entre les acteurs qui ne peuvent pas provenir exclusivement du marché. Compte tenu de ses caractéristiques, la régulation s'applique sans difficulté au domaine de la protection des données personnelles » ; MOREL-MAROGER Juliette, « La protection des données personnelles des clients des banques: bilan et perspectives », *RDBF*, mars-avril 2011, p. 7, à propos de la loi du 6 janvier 1978: « L'objectif de ce texte n'est pas de s'opposer au développement de l'informatique, mais de la réguler en confiant le soin à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de concilier l'utilisation croissantes des nouvelles technologies avec la protection des droits fondamentaux ».

1318 BENSOUSSAN Alain (dir.), *Informatique Télécoms Internet, op. cit.*, p. 452 : « La loi du 6 janvier 1978 est conçue pour encadrer et contrôler le développement de l'informatique. Elle se présente comme un texte de défense des libertés individuelles et publiques relatif à la vie privée des personnes. La législation Informatique et libertés assigne une finalité à l'informatique: le *service du citoyen* ». Voir également LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 2: « Le droit de la protection des données

Toutefois, l'emploi de ce terme ne peut constituer l'aboutissement de toute réflexion sur le sujet à raison de deux défauts majeurs. Le premier est qu'une telle notion n'est pas consacrée en droit positif, qui lui préfère la notion de contrôle<sup>1319</sup>. Le second est que l'idée de régulation renvoie à l'idée de la conciliation de deux finalités juxtaposées au sein d'un seul instrument juridique<sup>1320</sup>, alors qu'elles sont articulées et hiérarchisées au sein des instruments relatifs aux données personnelles.

Dans ces conditions, l'emploi de cette conception n'offre qu'une vision statique d'un équilibre entre la technologie informatique et les droits et libertés de la personne fichée. Or, l'observation du droit positif démontre qu'il est dynamique. L'emploi du terme de régulation aboutit donc à ignorer la nature dynamique de l'articulation entre l'objectif technologique d'une part, et l'objectif de protection de la personne humaine à son égard d'autre part. Ces deux objectifs ne sont pas juxtaposés au sein des instruments relatifs aux données en ce sens qu'ils seraient considérés d'intérêt et de rang égal en leur sein: le premier constitue le but et le second la limite.

#### b) L'hypothèse de l'articulation des deux fonctions de la CNIL

Les instruments relatifs aux données personnelles promeuvent en leur sein deux intérêts apparemment contradictoires: la liberté de traitement des données personnelles d'une part, leur protection d'autre part. La formulation du droit positif favorise l'idée selon laquelle ces deux intérêts sont juxtaposés au sein de ces instruments. Un tel état du droit, amplifié par les analyses

personnelles n'est pas tourné contre les techniques et leurs usages, contre ceux qui traitent les données pour des intérêts légitimes, pour des activités utiles, créatrices, de richesses variées, qui disposent aussi de droits et libertés consacrés, tout aussi respectables que ceux des individus. Le droit de la protection des données tend simplement à établir les règles du jeu, à établir des équilibres entre des aspirations et intérêts différents, concurrents, parfois contradictoires, dans une société ouverte, démocratique, libre ». Dans le même esprit, voir: AMBLARD Philippe, *op. cit.*, p. 195: « Les principes de sauvegarde des droits et libertés des personnes fichées, développés par la loi de 1978, ne récuse pas le phénomène de gestion et de circulation des données personnelles au sein des réseaux informatiques, mais au contraire tentent d'établir des équilibres entre les intérêts concurrents, parfois contradictoires des exploitants et des titulaires des données nominatives. Autrement dit, la collecte, le traitement et la circulation des données personnelles sur l'Internet sont reconnus comme utiles et légitimes à l'unique condition qu'ils ne nuisent pas à l'exercice des droits et libertés des personnes fichées » ; *Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 2009, p. 353: « Le traitement des données à caractère personnel fait l'objet d'une « régulation » par le biais d'un certain nombre de textes. (...) La loi dite « Informatique et Libertés » occupe évidemment le premier rang et contrairement aux idées souvent reçues, elle n'a pas été une loi de « censure », ni d'interdiction de tout procédé de traitement de données nominatives mais une loi d'encadrement ».

1319 voir *infra*, première partie, titre 2.

1320 Voir par exemple Voir par exemple BRAIBANT Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, p. 113, pour désigner tous les instruments nationaux et internationaux adoptés en l matière : « Tous ces textes s'inspirent des mêmes principes et tendent aux mêmes objectifs par les mêmes moyens ; ils ont contribué à former une doctrine européenne des relations entre l'informatique et les libertés. Cette doctrine vise à concilier la liberté de collecte et de circulation des informations, qui est de nature à favoriser le développement économique et social, et la protection des personnes dont les droits et les libertés risquent d'en être affectés » ; PERRAY Romain, « Informatique – Traitements de données à caractère personnel », *Jurisclasseur administratif*, fascicule 274, point-clé n°1: « La réglementation communautaire et nationale en matière de traitements de données à caractère personnel a pour objet de concilier le droit au respect de la vie privée avec la liberté de circulation de ces données » ; MAISL Herbert, « État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *RIDC*, 3-1987, p. 5: « Comme nombre de contre pouvoirs, la CNIL, pour le domaine de compétence qui est le sien – l'informatisation de la société – s'efforce de concilier intérêt public d'une part, protection de la vie privée et des libertés publiques d'autre part ».

d'un certain nombre d'auteurs, tend à accréditer l'idée que le droit des données personnelles serait conçu dans l'ordre interne comme un droit de régulation. Dans cette conception, la seule relation entre les deux intérêts du droit des données personnelles est une relation de conciliation. Dans cette optique, les deux finalités seraient poursuivies chacune de manière indépendante, chacune souffrant de concessions plus ou moins marquées dans le but d'assurer leur coexistence.

Une telle conception se trouve directement favorisée par l'intitulé des instruments relatifs aux données personnelles adaptés dans le cadre de l'UE. En effet, ces instruments comportent dans leur intitulé comme dans leurs dispositions la mention expresse de la poursuite de ces deux finalités<sup>1321</sup>. En droit interne, une telle dualité est *a priori* absente au niveau de l'intitulé des instruments relatifs au droit des données personnelles. Elle est toutefois présente en filigrane au sein des travaux parlementaires préparatoires. Ainsi, le projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés déposé par le gouvernement à l'Assemblée nationale en août 1976 tend-il, au vu de l'exposé des motifs dans sa formulation initiale, à « réaliser un nécessaire équilibre entre la pleine utilisation de l'informatique et la protection des citoyens dans une démocratie libérale »<sup>1322</sup>.

Cette dualité des intérêts poursuivis par le droit des données personnelles est, plus rarement, mise en avant par les auteurs spécialisés dans ce domaine. La loi du 6 janvier 1978 est alors présentée comme une « législation équilibrée, cherchant à concilier des intérêts contraires »<sup>1323</sup>. Pour le professeur Herbert Maisl, cette loi vise « à contrôler le recours à l'informatique pour le traitement d'informations nominatives sans, pour autant, paralyser le développement de cette technique », ce dont atteste explicitement le titre du commentaire qu'il fait de cette loi: « La maîtrise d'une interdépendance »<sup>1324</sup>. De manière plus explicite, le professeur Jean Frayssinet considère que « le droit de la protection des données tend tout simplement à établir les règles du jeu, à établir des équilibres entre des aspirations et intérêts différents, concurrents, parfois contradictoires, dans une société ouverte, démocratique, libre »<sup>1325</sup>. Une telle conception est alors à la fois prolongée et entérinée par la désignation du concept de régulation pour désigner cette mission de conciliation entre ces deux enjeux au sein du droit des données<sup>1326</sup>. Au terme de cette

1321 Voir de manière chronologique: Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JO* L 281 du 23.11.1995, p. 31 ; Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, *JO* n° L 024 du 30/01/1998 p. 1 ; Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2000, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, *JO* 2001, L 8, p. 1 ; Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «*vie privée et communications électroniques*»), *JOUE* du 31 juillet 2002, p. 42. En cela, ces instruments européens ne font que systématiser une façon de faire retenue par l'OCDE dans ses *Lignes directrices régissant la question de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* du 23 septembre 1980.

1322 Projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 août 1976, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1976, Documents parlementaires, Assemblée nationale, n° 2516, p. 5.

1323 CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet*, Montchrestien, 2010, p. 10.

1324 MAISL Herbert, « La maîtrise d'une interdépendance. Commentaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *JCP*, 1978, I, 2891, 1.

1325 LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 2. Voir également FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre, HAAS Gérard, *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2000, p. 12, à propos de la loi dite « informatique et libertés »: « L'objectif de cette loi est de concilier les droits des individus et la liberté de collecte des informations les concernant ».

1326 FRAYSSINET Jean, « La régulation de la protection des données personnelles », *Légicom*, n° 42, 2009/4, pp. 5-6: « la régulation forme un appareillage pour établir et maintenir dans le secteur où elle s'exerce des équilibres

conception dominante, le droit des données personnelles doit être perçu comme opérant en son sein la conciliation de deux intérêts de rang et de fonction équivalents: le développement de l'informatique d'une part, la protection des droits et libertés de la personne fichée d'autre part<sup>1327</sup>.

Jusqu'à un certain degré, une telle conception est pertinente. Pour autant, cette hypothèse dominante doit nécessairement être complétée, en ce qu'elle fait l'impasse sur la relation logique qui unit ces deux intérêts. Cette relation n'est pas de conciliation mais de structuration entre un but et la limite qui lui est apportée.

En droit interne, à notre connaissance, seuls quatre auteurs ont mis en évidence cette différence au sein de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978 entre d'une part le but du droit de la protection des données et d'autre part ses limites<sup>1328</sup>. Pour les deux premiers, les professeurs Jean Frayssinet et Pierre Kayser, « L'indication des fins de l'informatique est suivie de celles des atteintes qu'elle ne doit pas porter aux personnes » au sein de cet article 1<sup>er</sup>. Ce faisant, ils distinguent les fins, à savoir les deux premières phrases de cet article: « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale ». Dans un second temps, ils distinguent les limites de l'informatique, à savoir la dernière phrase de cet article 1<sup>er</sup>: « Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »<sup>1329</sup>. Le professeur Jean Pradel évoque quant à lui, à propos du même objet, les fonctions « positives » et « négatives » du droit des données, les premières désignant les deux premières phrases de l'article 1 de la loi du 6 janvier 1978, les secondes évoquant quant à elle la dernière phrase relative à la protection de la personne fichée<sup>1330</sup>.

Mais la formulation la plus explicite et la plus efficace revient toutefois au professeur Jean Rivero, qui, le seul, amorce une distinction entre les buts de la loi du 6 janvier 1978 et ses limites, ces dernières incluant la protection de la personne fichée<sup>1331</sup>.

entre les acteurs qui ne peuvent pas provenir exclusivement du marché. Compte tenu de ses caractéristiques, la régulation s'applique sans difficulté au domaine de la protection des données personnelles ». Voir également LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 97: « l'objectif de la directive n'est donc pas de substituer un dispositif de régulation à un système de protection, mais d'organiser les conditions de la cohabitation de deux fondements distincts susceptibles de protéger les personnes et de légitimer les nouvelles formes de traitement de données à caractère personnel ». Voir également HERVIEU Merryll, *op. cit.*, p. 17, note n° 87.

1327 LUCAS André, *op. cit.*, p. 90: « On doit toutefois observer que le droit consacré par l'article 9 ne comporte aucune limite, alors que l'ambition du législateur de 1978 a été de concilier les droits individuels et le nécessaire développement de l'informatique, fût-ce au prix de quelques atteintes à la vie privée lorsque cela est jugé inévitable ». Voir également MORANGE Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000, pp. 194-196: l'auteur mentionne aussi bien les « dangers de l'informatisation » que les « avantages de l'informatisation », ce qui constitue dans ce type d'ouvrage une rareté.

1328 N'entre pas dans cette catégorie Herbert MAISL, en ce qu'il n'a précisé qu'un seul des deux éléments de cette relation logique. Voir MAISL Herbert, « État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *RIDC*, 3-1987, p. 560: « La loi de 1978 est une loi de libertés publiques qui fixe une finalité au développement de l'informatique ; d'entrée de jeu, en son article 1<sup>er</sup>, elle proclame que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen » ». Il en va de même à raison de l'imprécision de la conception retenue pour FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre, HAAS Gérard, *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2000, p. 11, à propos de la loi dite « informatique et libertés »: « Cette loi est faite pour encadrer et contrôler le développement de l'informatique, en défendant les libertés individuelles et publiques ».

1329 FRAYSSINET Jean et KAYSER Pierre, *op. cit.*, *RDJ*, 1979, p. 638.

1330 GASSIN Raymond, « Informatiques et libertés », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, à jour au 1<sup>er</sup> janvier 1987, tome V, n°6, p. 3. Les dispositions soulignées sont en italique dans le texte original.

1331 RIVERO Jean, *Les libertés publiques, Tome 2: Le régime des principales libertés*, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 1980. p. 65. Les dispositions soulignées sont en italique dans le texte original : « A l'informatique, la loi (art. 1<sup>er</sup>) assigne un but: « le service de chaque citoyen », et des limites: le respect de « l'identité humaine, des droits de l'homme,

Une telle distinction entre le but et les limites de l'informatique n'est pas propre au seul instrument général relatif aux données dans l'ordre interne. En effet, une telle distinction se retrouve également implicitement en droit européen et en droit de l'Union européenne. Ainsi, une telle distinction se laisse deviner dans le préambule de la directive 95/46 du 24 octobre 1995. En effet, dans ses deux premiers considérants, son préambule évoque de manière purement matérielle l'objectif de conciliation entre les libertés économiques fondamentales de l'UE et la protection des droits fondamentaux des personnes physiques, sans formuler ne fût-ce qu'implicitement la moindre hiérarchie ou différence de fonction entre ces deux intérêts<sup>1332</sup>. Toutefois, quelques considérants plus loin, une telle différence apparaît sans ambages: l'objectif de ce premier instrument général relatif aux des données personnelles en droit de l'Union européenne qu'est la directive 95/46 est l'accomplissement du Marché intérieur par l'harmonisation de ses limites que sont la protection des droits fondamentaux des personnes privées au sein de chaque État membre<sup>1333</sup>. Dans ce cas également, les deux intérêts poursuivis ne remplissent pas la même fonction mais se trouvent, à l'instar du droit interne, répartis entre un but et les limites assignées à ce but. La directive 95/46 a donc pour objet la réalisation du Marché intérieur par le développement des usages de l'informatique. Elle opère en harmonisant les limites nationales à ce but que sont les disparités nationales entre la protection des droits fondamentaux à l'égard de l'informatique. La protection de la personne physique ne constitue pas dans ce cas une fin en soi parallèle à celle de réalisation du Marché intérieur mais se trouve instrumentalisée au bénéfice de cette dernière<sup>1334</sup>.

de la vie privée, des libertés individuelles ou publiques » ».

1332 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, préambule, considérant n° 2 et 3:

« (2) considérant que les systèmes de traitement de données sont au service de l'homme; qu'ils doivent, quelle que soit la nationalité ou la résidence des personnes physiques, *respecter les libertés et droits fondamentaux de ces personnes, notamment la vie privée, et contribuer au progrès économique et social*, au développement des échanges ainsi qu'au bien-être des individus; (3) considérant que l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel, conformément à l'article 7 A du traité, la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que *des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un État membre à l'autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés* ».

1333 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, préambule, considérant n° 7 et 8: « (7) considérant que les différences entre États membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard des traitements de données à caractère personnel peuvent empêcher la transmission de ces données du territoire d'un État membre à celui d'un autre État membre; que ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l'exercice d'une série d'activités économiques à l'échelle communautaire, fausser la concurrence et empêcher les administrations de s'acquitter des responsabilités qui leur incombent en vertu du droit communautaire; que ces différences de niveau de protection résultent de la disparité des dispositions nationales législatives, réglementaires et administratives; (8) considérant que, *pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel, le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de ces données doit être équivalent dans tous les États membres*; que cet objectif, fondamental pour le marché intérieur, ne peut pas être atteint par la seule action des États membres, compte tenu en particulier de l'ampleur des divergences qui existent actuellement entre les législations nationales applicables en la matière et de la nécessité de coordonner les législations des États membres pour que le flux transfrontalier de données à caractère personnel soit réglementé d'une manière cohérente et conforme à l'objectif du marché intérieur au sens de l'article 7 A du traité; qu'une intervention de la Communauté visant à un rapprochement des législations est donc nécessaire ».

1334 De manière générale, sur ce constat, voir RIDEAU Joël, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *Cours Académie de droit international de La Haye*, Tome 265, p. 79 et ss. ; RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2002, p. 18: « les droits reconnus [dans le cadre de l'UE] sont en définitive davantage liés aux objectifs généraux et aux compétences communautaires qu'au souci de protéger les droits et libertés individuels ». De manière spécifique à la protection des données,

La mise en évidence d'une telle articulation entre le but du développement de l'informatique et ses limites, à savoir la protection des droits et libertés de la personne fichée, tend alors à invalider la thèse assez répandue selon laquelle «la protection de l'individu face aux dangers de l'informatique est une fin en soi pour le législateur français. En revanche, pour le droit communautaire, la protection des personnes n'est que la conséquence du principe de libre circulation »<sup>1335</sup>. Une telle thèse établissait ainsi une distinction nette entre la motivation de l'adoption d'instruments relatifs aux données en droit interne et en droit international, confrontant ainsi « deux points de vue, certes compatibles mais correspondant néanmoins à deux sensibilités différentes. Tandis que les droits français, allemand ou suédois d'un côté, faisaient de la protection de l'individu face aux dangers de l'informatique une fin en soi, le droit international et européen faisait de cette protection la contrepartie du principe de libre circulation de l'information »<sup>1336</sup>. Le problème est qu'à cet égard, cette thèse a pu jouir d'une très large audience au sein des rapports publics du Conseil d'État consacré au sujet<sup>1337</sup> ainsi qu'au sein des rapports parlementaires relatifs à la refonte de la loi du 6 janvier 1978 par la loi du 6 août 2004<sup>1338</sup>.

Or, contrairement à ce que soutiennent ces auteurs, cette compatibilité qu'ils soulignent justement entre ces deux points de vue ne s'explique pas en dépit des différences supposées de ces deux approches. Cette compatibilité s'explique plutôt en ce que les approches internationales ne font que systématiser et expliciter une approche adoptée au niveau national, à tout le moins en droit français. En effet, aussi bien en droit interne qu'en droit international, l'instauration d'instruments relatifs aux données personnelles a pour objectif premier d'assurer le libre-développement de l'informatique en encadrant en amont les éventuelles dérives qui pourraient survenir en termes d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux de la personne fichée. Dans ces conditions, la différence pointée par ces auteurs entre la philosophie des instruments nationaux et internationaux relatifs aux données personnelles doit être considérée comme une différence de degré et non de nature.

Il ressort de ce qui précède que la loi du 6 janvier 1978 a pour objet de protéger les droits et libertés fondamentales de la personne fichée contre les abus de l'informatique. Une telle

voir DE SCHUTTER Olivier, « Les droits fondamentaux dans le projet européen – Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe - Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, p. 81: observant l'évolution de la considération des droits fondamentaux dans le cadre de la construction communautaire, l'auteur relève que la consécration et la garantie des droits fondamentaux peut constituer une « fonction instrumentale ». Il définit cette dernière ainsi: « plutôt que d'être poursuivis pour eux-mêmes, les droits fondamentaux sont apparus jusqu'à présent en ordre dispersé, en fonction des nécessités liés aux progrès de la construction européenne ».

1335 LETTERON Roseline, *op. cit.*, p. 186.

1336 BRAIBANT Guy, *op. cit.*, p. 33.

1337 BRAIBANT Guy, *op. cit.*, p. 33.

1338 TÜRK Alex, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 218, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 mars 2003, p. 23 : « On distingue donc deux points de vue, certes compatibles, mais correspondant néanmoins à deux sensibilités différentes. Tandis que les droits allemand, français ou suédois font de la protection de l'individu face aux dangers de l'informatique une fin en soi, les droits international et européen font de cette protection la contrepartie du principe de libre circulation de l'information ».

présentation de la relation des intérêts en présence permet de définir en négatif une liberté, celle du recours à l'informatique, en ce que seuls ses abus et non ses us se trouvent réprimés<sup>1339</sup>. Le droit des données personnelles consacre ainsi un domaine de liberté c'est à dire l' « exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité »<sup>1340</sup>. Paraphrasant l'article 4 de la DDHC, il est ainsi possible d'aboutir à la conclusion selon laquelle la loi du 6 janvier 1978 a pour but que « la liberté de l'informatique consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Les deux fonctions complémentaires du droit des données sont donc d'une part de promouvoir la liberté de l'informatique<sup>1341</sup> et, d'autre part, de borner cette liberté de telle sorte qu'elle ne porte pas atteinte aux droits et libertés fondamentales des personnes physiques.

Ce faisant, la loi du 6 janvier 1978 apparaît comme relevant de la même philosophie que les instruments internationaux relatifs aux données personnelles. Il n'y aurait pas entre cet instrument de droit interne et les instruments adoptés notamment dans le cadre de l'UE une différence d'objectif au terme de laquelle le premier aurait pour but la protection de la personne fichée et les seconds la poursuite d'une politique économique. Il paraît alors légitime de considérer qu'il existe une philosophie pragmatique commune à tous les instruments relatifs aux données, qu'ils soient d'origine interne ou internationale. Si la mise en évidence d'une telle similitude est explicite dans les travaux d'auteurs étrangers<sup>1342</sup>, le constat au terme duquel le droit des données personnelles a pour objet la liberté de l'informatique est particulièrement rare dans les analyses opérées par des auteurs français<sup>1343</sup>. Une telle conception aboutit ainsi à invalider une conception du droit des données centrée sur la protection de la personne. Elle réintroduit ce faisant une conception du droit des données ayant pour socle fondamental les droits et libertés des auteurs de traitements de données personnelles<sup>1344</sup>, c'est à dire, dans leur immense majorité, des administrations et des

1339 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 5: « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

1340 CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007, p. 548.

1341 La liberté de l'informatique telle que déduite des précédentes considérations s'entend plus précisément de la liberté de l'usage de moyens informatiques. Elle n'est nullement synonyme d'un droit de contrôle sur ses données personnelles, qui est le sens auquel renvoie la notion espagnole de « *libertad informatica* ». Sur cette notion, voir ALBERTI Enoch, BON Pierre, CAMBOT Pierre, REQUEJO PAGES Juan Luis, Chronique de la jurisprudence constitutionnelle espagnole, *AJIC*, XVI, 2000, pp. 605-659, sp. pp. 637-641.

1342 DE HERT Paul et GUTWIRTH Serge, « Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in Action », in GUTWIRTH Serge, POULLET Yves, DE HERT Paul, DE TERWANGNE Cécile, NOUWT Sjaak, *Reinventing Data Protection?*, Springer, 2009, p. 3: « data protection is pragmatic ; it assumes that private and public actors need to be able to use personal information because his is often necessary for societal reasons. Data protection regulation does not protect us from data processing but from unlawful and/or disproportionate data processing ».

1343 LATOUR Xavier, « Le droit communautaire et la protection des données à caractère personnel dans le commerce électronique », *LPA*, 6 février 2004, n° 27, p. 10: la loi dite « informatique et libertés » « pose, en effet, le principe de liberté de constitution de fichiers nominatifs et de traitements informatique des données ». Voir également, à propos du même objet, BIOY Xavier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2011, p. 492: « Le principe, implicitement, est la liberté de collecter des informations ».

1344 Une telle analyse des enjeux du droit des données personnelles n'a à notre connaissance été envisagée aussi explicitement que dans un seul document préalable à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978. Voir ainsi GALLOUEDEC GENUYS Françoise, MAISL Herbert, *Le secret des fichiers*, Éditions CUJAS, IFSA, cahier n° 13, 1976, p. 285: « Ainsi, aux libertés publiques qui fondent le secret de certains fichiers de personnes s'opposent d'autres libertés qui ne le tolèrent guère. La liberté du commerce et de l'industrie, par exemple, entraîne la légitimité de toutes les activités non interdites. La proscription des fichiers de prospects et de leur constitution à partir de fichiers conçus pour des finalités différentes freineraient le développement de la plupart des entreprises ou d'établissements publics commerciaux, en supprimeraient complètement d'autres (agences de publicités directe, d'informations...), empêchant, à la limite, l'exercice du droit du travail ». Postérieurement, une telle approche n'est explicitement envisagée que dans le commentaire des Conseillers d'État Didier CHAUVAUX et

entreprises.

Le recours à la notion de régulation constitue donc un progrès par rapport à l'emploi du concept de droit fondamental pour qualifier le droit des données personnelles. En effet, outre qu'il révèle le caractère intrinsèquement international et interdisciplinaire de la matière, il permet dans une certaine mesure de dépasser l'isolation clinique des enjeux de ce droit. Mais ce progrès ne peut être que limité dans la mesure où, si la régulation permet de penser la poursuite de fins contradictoires par un même instrument, elle ne permet pas de décrire précisément l'articulation entre ces deux fins. C'est la raison essentielle pour laquelle il est proposé dans cette thèse de recourir à la notion de police administrative spéciale pour résumer l'ensemble des enjeux et fonctions du droit des données personnelles.

### *B/ L'emploi du terme de régulation, progrès limité au regard du concept de police administrative spéciale*

La notion de régulation isole les novations des polices administratives spéciales, cantonnant cette notion dans une version datée et figée qui ne correspond plus exactement avec la réalité du droit. Une entreprise de rénovation de la notion de police administrative spéciale implique donc, pour réemployer le mot d'Aragon repris par un rapport célèbre de la DATAR, de « se souvenir de l'avenir » et de « réintroduire le temps long dans l'action publique »<sup>1345</sup>. Concrètement, cela signifie que la fonction de police ne peut voir perçue ses novations contemporaines et futures sans une connaissance de son passé. En vérité, sous le couvert de régulation, c'est de police administrative spéciale qu'il est question. Ce qui est désigné sous cette première appellation ne constitue en fait que des manifestations, plus ou moins innovantes, de polices administratives spéciales, intervenant de plus en plus hors du cadre du droit administratif interne pour comporter des éléments relevant du droit privé et/ou du droit international<sup>1346</sup> et pouvant s'exprimer par le biais de procédés non normatifs et/ou non impératifs.

Il existe alors un besoin objectif de nommer une évolution transcendant la séparation entre droit public et droit privé, et pour laquelle le concept de police administrative semble en apparence impuissant<sup>1347</sup>. Tant et si bien qu'aujourd'hui la notion de police administrative spéciale

Thierry-Xavier GIRARDOT, à l'occasion de leur commentaire de l'arrêt CE Section 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon*, req. n° 159129: CHAUVAUX Didier et GIRARDOT Thierry-Xavier, Commentaire sous CE Section 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon*, req. n° 159129, Chronique de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 20 février 1997, pp. 156-160.

1345 Ministère de l'aménagement du territoire et de l'environnement, Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale, *Aménager la France de 2020 Mettre les territoires en mouvement*, Nouvelle édition, La Documentation française, 2002, p. 6.

1346 Voir *infra*.

1347 FRISON-ROCHE Marie-Anne, *op. cit.*, p. 611, à propos du droit de la régulation : « La première raison de reconnaître l'existence de celui-ci, c'est qu'on ne peut plus laisser sans fin des questions élémentaires sans réponse, comme celle de l'appartenance de ces règles au droit public ou au droit privé, l'aporie de la réponse constituant l'indice le plus sûr selon lequel il faut non pas s'acharner sur la réponse mais changer de question. De la même façon, on ne peut continuer de s'indigner de solutions aujourd'hui systématiquement reprises, comme celle du cumul des pouvoirs de police, il faut rendre compte des solutions quand cela est possible et faire des efforts en ce sens, avant de se résigner à la critique. Ainsi, le droit de la régulation rend raison de ces nouveautés à première vue repoussante, en extrayant les règles qui le composent des distinctions usuelles du système juridique, notamment celles du droit public et du droit privé, de la même façon qu'il fournit des justifications aux solutions apparemment hérétiques, usuellement critiquées au regard des anciennes qualifications ».

apparaît mutilée de son présent quand celle, hypothétique, de régulation, l'est de son passé. On se retrouve alors dans une situation dans laquelle le mot de Tocqueville selon lequel « Le passé n'éclairant plus l'avenir, l'esprit marche dans les ténèbres »<sup>1348</sup>, bien que détourné de son contexte d'origine, prend tout son sens. Or, la police ne constitue ni une notion figée, ni une notion réductible à ses occurrences en droit administratif. Mais ses nouveaux procédés n'appartenant pas formellement au droit administratif interne, l'emploi du concept de police administrative spéciale tend à être très sérieusement contesté par l'emploi du terme concurrent de régulation.

L'oubli de l'État ne permet pas de concevoir totalement le droit sans l'État. Le concept de régulation joue alors, au sens premier du terme, le rôle d'*ersatz*, c'est à dire de produit synthétique de substitution à l'original qu'est la police administrative spéciale (1). Or, cette dernière permet de remplir la même fonction explicative en la reliant à l'action de l'État sur le temps long, c'est à dire *in fine* à l'État administratif (2).

### **1) La régulation, *ersatz* de police administrative spéciale**

Le point commun de tous les auteurs qui proclament la spécificité de la notion de régulation par rapport à celle de police administrative est qu'ils ne confrontent leur « champion » qu'à la forme générale de la police administrative. Et dans cette confrontation, ils ne peuvent que voir leur position confortée, tant la police administrative générale paraît rigide par rapport à sa variante spéciale. Or, cela revient à oublier la plasticité de cette dernière, tant au niveau de son fondement qu'est l'ordre public spécial (a) qu'à celui de ses procédés (b).

#### a) L'oubli de la plasticité du fondement des polices administratives spéciales

Une première cause de distinction irréductible de la notion de régulation à celle de police administrative spéciale est censée résider dans leur différence de fondement. La régulation est alors censée reposer sur un fondement plastique, qu'il soit non nommé ou qu'on l'appelle ordre public économique, quand la police administrative spéciale devrait reposer sur un ordre public spécial conçu comme une déclinaison fidèle du concept d'ordre public général. Or, en réalité, la notion d'ordre public est éminemment plastique (a-1), mettant ainsi en lumière l'identité de fondement entre police administrative spéciale et régulation (a-2).

#### *a-1) L'ordre public spécial, notion plastique*

Tel est notamment le cas du professeur Calandri, qui justifie la spécificité de la notion de régulation par rapport à celle de police administrative en fonction du fondement respectif de ces deux procédés. Cet auteur considère en effet que la régulation poursuit un but d'intérêt général qui n'est pas l'ordre public, même s'il peut le recouper<sup>1349</sup>. L'auteur méconnaît juste l'existence

1348 DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la démocratie en Amérique*, GF-Flammarion, 1981, Livre 2, 4<sup>ème</sup> partie, Chapitre VIII, p. 399.

1349 CALANDRI Laurence, *op. cit.*, p. 143 : « La thèse de la régulation comme une nouvelle forme de police suppose pour être valide que la finalité de l'activité, le but de maintien de l'ordre public, ait suffisamment évolué pour qu'un nouveau cadre conceptuel s'impose afin de qualifier ce nouveau procédé. Si l'on mène le raisonnement de la décomposition jusqu'à son terme, force est d'admettre qu'implicitement l'auteur suppose que le but poursuivi par les instances de régulation répond à une nouvelle conception de l'ordre public. (...) (...) l'idée de nouveauté et de décomposition suppose, en principe, que l'ensemble de l'action des organes de régulation poursuive une finalité de maintien de l'ordre public. Malgré l'imprécision de la notion, ses composantes sont connues. L'ordre public, dans la police administrative générale, se définit traditionnellement comme une absence de désordre

d'ordres publics spéciaux, en se focalisant sur l'ordre public général. Il est donc logique que dans sa démonstration, l'auteur oublie ne serait-ce que d'évoquer la notion de police administrative spéciale, infiniment plus souple que la notion de police administrative générale dans la mesure où – à l'exception de la police municipale définie par la loi de 1884 – son objet n'est pas découvert par le juge ou la doctrine mais précisément énoncé par le législateur.

Un tel exemple de confusion est donné par l'auteur à la même page, qui considère que « les finalités de l'action du CSA sont définies par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 septembre 1986 modifiée ; elles intègrent, certes, la finalité d'ordre public, dans toutes ses composantes, mais elles la dépassent. Ainsi, le respect du pluralisme des courants d'expression socioculturels et politiques dans les médias, qui constitue également un « objectif de valeur constitutionnelle », est une finalité distincte de l'ordre public dans le droit légiféré et jurisprudentiel »<sup>1350</sup>. Le problème est que la définition des missions de cette AAI ne peut être conforme aux critères de définition de l'ordre public général en droit administratif, dans la mesure où elle est déterminée de manière précise par le législateur, sans qu'aucune part ne soit du coup laissée à interprétation jurisprudentielle... De ce que les missions du CSA ne peuvent, et pour cause, être rattachées à la trinité sécurité, salubrité et bon ordre définissant, avec le respect de la moralité publique et de la dignité de la personne humaine, les contours de l'ordre public général, cet auteur en déduit pour cette AAI que « par conséquent, le but de l'activité de cet organe, et plus généralement des autres organes de régulation, ne saurait entièrement être comparé à celui de la police administrative, faute d'agir dans la seule finalité d'assurer le maintien de l'ordre public »<sup>1351</sup>. Ce faisant, l'auteur méconnaît juste la possibilité pour le législateur d'inclure littéralement tout ce qu'il souhaite dans l'ordre public spécial attaché à une loi de police... L'ordre public spécial ne peut ainsi, à cet égard, ne constituer qu'une simple déclinaison de l'ordre public général.

En effet, bien au contraire, l'ordre public spécial est éminemment plastique car il « est une habilitation formelle à traduire en droit positif certaines implications de la proposition de droit. Il y a autant d'ordres publics spéciaux que d'habilitations expresses ou spéciales en matière de police »<sup>1352</sup>. Cette notion vise à rendre compatible l'exercice d'une liberté bien spécifique avec d'autres intérêts désignés comme dignes de protection par le législateur ou, de manière infiniment plus subsidiaire qu'en matière d'ordre public classique, par le juge. Par rapport à l'ordre public général, il constitue un luxe, un raffinement de l'« état civil » rousseauiste qui ne peut être atteint par le simple jeu de l'autonomie de la volonté, même restreint par les exigences minimales de sécurité, salubrité et tranquillité.

Son existence trouve sa justification dans l'échec prévisible de l'ordre public général à assurer cet équilibre spécial. Pour cette raison, « l'ordre public spécial s'analyse comme une prévision en partie antérieure à l'expérience et relativement formalisée des circonstances dans lesquelles telle autorité désignée par ce texte pourra faire face, dans les conditions qu'il précise le cas échéant, aux exigences que comporte la fonction de protection de l'ordre institutionnel primaire. *Il y a donc lieu – éventuellement – à la création d'un ordre public spécial ou à habilitation expresse, lorsque celle produite par l'ordre public général est jugée, par les autorités compétentes pour en décider,*

« matériels et extérieurs » ; il comprend une composante morale et le respect de la dignité de la personne humaine. Si les finalités poursuivies par les organes de régulation recourent pour partie des finalités de maintien de l'ordre public, l'action, de ces organismes n'a pas seulement une fonction de discipline de l'institution primaire libérale, fondée sur l'ordre public ».

1350 CALANDRI Laurence, *op. cit.*, pp. 144-145.

1351 CALANDRI Laurence, *op. cit.*, p. 145.

1352 PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, Tome 2, *op. cit.*, p. 568.

*ne pas convenir aux nécessités de la protection de l'ordre institutionnel »*<sup>1353</sup>.

Schématiquement, le développement des ordres publics spéciaux correspond au passage d'une conception politique du rôle de l'État réduit à ses seules fonctions de gendarme, à celles de l'Etat-Providence. A la différence de l'ordre public général et libéral impliquant l'absence de trouble, l'ordre public spécial implique l'adoption par l'État de mesures positives. Dans ce cas, l'ordre public apparaît comme « quelque chose en plus que l'absence de troubles publics, de même que la santé ne saurait être confondue avec l'absence de maladie. L'ordre public est le fruit d'une œuvre constructive, résultant des efforts pour instaurer un ordre vivant, dynamique, positif »<sup>1354</sup>.

Cette raison d'être différente de celle de l'ordre public général induit deux différences majeures, qui fondent notamment sa plasticité. Sur un plan formel, l'ordre public spécial constitue une norme habilitant explicitement l'autorité de police à réglementer la liberté<sup>1355</sup>. En effet, il est énoncé de manière précise par la loi et non découvert au jour le jour par l'autorité chargée d'en assurer la protection ou par le juge<sup>1356</sup>. Sur un plan matériel, l'ordre public spécial est tout équilibre que le législateur, ou le juge dans le silence de la loi, choisira bon de consacrer entre l'exercice d'une liberté spécifique et la préservation d'autres valeurs et intérêts<sup>1357</sup>. Dans ce cas, « la protection de l'ordre public correspond cette fois-ci à la mise en œuvre d'une politique, décidée par les représentants des citoyens ou par les citoyens eux mêmes. La tâche n'est plus guère de « protéger », mais plutôt d'« orienter » dans le sens de la politique choisie, laquelle représente ce que l'on nomme cette fois « l'intérêt général », notion en elle-même peu présente, mais qui se trouve maintenant étendue à de nouveaux domaines »<sup>1358</sup>.

#### *a-2) L'ordre public économique, variante non novatrice de l'ordre public spécial*

La notion d'ordre public spécial, issue du droit administratif, se trouve vidée de sa substance par le recours à la notion d'ordre public économique, auquel se rajoute parfois le qualificatif de social. Les prétentions à l'autonomie de cette notion par rapport au droit public se fondent sur une comparaison entre l'ordre public économique et la notion d'ordre public général en droit administratif. De ces différences, qui ne peuvent être que manifestes, les auteurs promouvant cette idée en déduisent l'autonomie de la notion d'ordre public économique, méconnaissant alors

1353 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 571.

1354 BERNARD Paul, *op. cit.*, p. 44. Voir également p. 45 : « Il ne suffit pas de rétablir l'ordre en faisant cesser le désordre à un moment donnée. Ce serait là une politique à courte vue, entièrement négative, car aucun effort n'est accompli pour s'attaquer à la source du mal et on s'expose à affronter le même problème dans un très prochain avenir. Les moyens mis en œuvre, en effet, ont pour objet de mettre fin aux causes de désordre, de remédier aux maladies de l'état social, de réaliser enfin un ordre aussi permanent et aussi stable que possible ».

1355 PICARD Étienne, *op. cit.*, respectivement p. 558 et p. 568: pour cet auteur, la nature de l'ordre public général est d'être une « norme implicite d'habilitation », tandis que celle de l'ordre public spécial est d'être une « norme formelle d'habilitation » ; MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 119: « En définitive, l'ordre public connaît deux formes statutaires de concrétisation, l'une inexprimée, qui est celle de la police générale, statutairement constituée par l'ordre public général, norme implicite d'habilitation, et l'autre expressément organisée, qui est celle de toutes les polices spéciales, constituées autour de la notion d'ordre public spécial, norme formelle d'habilitation ».

1356 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2.

1357 RIVERO Jean, *Cours de libertés publiques*, Les cours de droit, 1970, p. 191: « la police administrative inclut la *police générale*, c'est à dire un ensemble de compétences tendant à assurer le maintien de l'ordre à l'égard des diverses activités, sans s'attacher à leur contenu particulier et les *polices spéciales* (...) limitées à un objet précis et qui comportent des moyens d'action adaptés à cet objet, et normalement plus stricts que ceux dont disposent les autorités chargées de la police générale » ; MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 12: « les polices spéciales sont cette partie de la fonction de police qui comporte l'établissement de la discipline et l'accomplissement d'activités nécessaires à la satisfaction d'intérêts spécifiques d'ordre public ».

1358 LIVET Pierre, *op. cit.*, p. 47.

l'existence et la spécificité de la notion d'ordre public spécial.

Le passage de l'ordre public dit classique en droit privé à l'ordre public économique est décrit comme celui d'une conception libérale de la société à une variante néolibérale. Le premier vise en effet à constituer un correctif général à l'ordre purement libéral (d'un point de vue théorique) instauré par la Révolution<sup>1359</sup>. Le second, l'ordre public économique et social, conserve le principe de la liberté en lui apportant des tempéraments qui peuvent être importants, et « s'applique ici à l'échange des biens et des services considérés en lui-même »<sup>1360</sup>. Cette déclinaison connaît deux facettes, l'ordre public de protection et de direction. La première est issue d'une évolution entamée à partir de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle en vue de corriger les effets pervers du libre jeu de l'autonomie de la volonté. La seconde est plutôt datée par cet auteur de la période directement postérieure à la seconde guerre mondiale<sup>1361</sup>. Mais cette construction doctrinale appelle deux critiques majeures.

La première est que l'unité même de cette notion n'est pas si évidente que cela à établir, au regard de la profusion des domaines auxquels elle est sensée s'appliquer. La seconde, plus fondamentale, est que qu'une telle construction doctrinale aboutit à méconnaître purement et simplement les caractéristiques de la notion d'ordre public spécial, ou plutôt les reproduire sans le savoir. En effet, les caractéristiques dépeintes par les auteurs privatistes de cet ordre public économique et social ne sont en réalité qu'une application du concept plus général d'ordre public spécial.

Ainsi, premièrement, la notion d'ordre public économique ne présente qu'une unité conceptuelle de façade. La jurisprudence, notamment constitutionnelle<sup>1362</sup> et judiciaire, emploie la notion. Mais force est de constater que ce qui est désigné couramment par cette expression renvoie à une réalité aussi diverse, dans la variété des instruments juridiques qu'elle vise, que l'expression d'ordre public écologique. La notion ne constitue donc qu'un raccourci doctrinal *a priori* peu clair. La mise en lumière de cette parenté indéniable entre ordre public spécial et ordre public économique suppose d'abord de déconstruire ce dernier, comme un ensemble d'équilibres spécifiques et artificiels définis par la loi. La démarche poursuivie par des auteurs privatistes comme Georges Ripert ou Gérard Farjat se comprend tout à fait, d'un point de vue pratique. En effet, leur recherche d'unité et de systématisation des phénomènes observés, au travers du terme d'ordre public économique, se justifie dans une certaine mesure car tous ces équilibres spéciaux bâtis par le législateur ont pour objet une même liberté publique : la liberté contractuelle. Mais cette unité matérielle ne justifie en rien d'ignorer l'appartenance de tous ces équilibres artificiels entre la liberté contractuelle et un élément nécessaire à la vie en société à la catégorie juridique de l'ordre public spécial.

Ce dernier peut se résumer sommairement ainsi : le législateur a progressivement détaché la liberté contractuelle de son fondement, à savoir le principe général de liberté reconnu dans l'article 4 de la DDHC, pour la considérer comme une liberté publique. Cette distinction de la liberté contractuelle du principe général de liberté a été progressive et innommée. En effet, la liberté contractuelle s'est vue réglementée non pas dans le cadre d'une de ces grandes lois de la III<sup>ème</sup> République consacrée aux libertés publiques, mais dans une kyrielle de législations relatives à

1359 GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993, p. 100 : « Le Code civil de 1804 exprimait un ordre nouveau issu de la Révolution. L'article 6 visait à interdire aux initiatives individuelles un retour aux pratiques écartées par la Révolution. En outre il s'agissait d'assurer le respect des règles morales traditionnelles. Les finalités de l'ordre public étaient alors essentiellement politiques et morales ».

1360 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 107.

1361 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 108.

1362 Cons. Const., n° 2012-280, QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, considérant 11.

des contextes particuliers dans lesquels l'exercice d'une liberté contractuelle non réglementée était considérée comme problématique. Ce détachement de la liberté contractuelle du principe général de liberté a eu pour fondement la détermination d'ordres publics spéciaux par le législateur, c'est à dire la reconnaissance par ce dernier de la nécessité d'un équilibre entre l'exercice le plus large possible de cette liberté spécifique avec des intérêts nouvellement protégés et considérés comme essentiels à la vie en société, comme la protection du travailleur, du locataire, du consommateur, du concurrent... Il est donc réducteur d'évoquer tous ces équilibres définis par le législateur sous la seule bannière de l'ordre public économique et social : il existe en réalité une nuée, comme du reste en droit administratif, d'ordres publics spéciaux fondant une atteinte préventive à la liberté contractuelle non pas *in abstracto* mais dans des contextes particuliers. Cette mise en lumière implique ensuite de comparer les caractéristiques entre cette nuée d'ordres publics spéciaux composant l'ordre public économique et l'idéal type de l'ordre public spécial.

Deuxièmement, la notion d'ordre public économique ne présente pas d'autonomie par rapport à celle d'ordre public spécial. A cet égard, le professeur Marcou a, dans une importante contribution, explicitement posé la question de l'autonomie de l'ordre public économique par rapport à une conception plus générale de l'ordre public. Cette auteur définit ainsi une méthodologie : « il faut que le premier se distingue du second selon deux critères essentiels : l'identification d'un espace normatif distinct, et l'existence d'une police distincte de la police de l'ordre public général. Le premier critère implique que l'ordre public économique ne soit pas un ordre public spécial et le second que la police de l'ordre public économique ne soit pas une police spéciale »<sup>1363</sup>. Autant l'on peut être d'accord avec cette méthodologie, autant les résultats qu'il en tire, qui ont été repris par certains auteurs pour justifier de la pertinence de l'emploi du terme de régulation en lieu et place de celui de police administrative, sont incertains.

Cet auteur rappelle d'abord l'ancienneté du phénomène des polices administratives spéciales en évoquant, parmi tant d'autres, la loi du 15 octobre 1810 sur les établissements dangereux, la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, la police de la navigation, des carrières, du médicament, du cinéma... Il déduit de cette diversité un point important mais à notre sens discutable : « Toutes ces polices ont un objet économique mais leur but n'est pas économique. Ces polices administratives spéciales ne répondent pas à un but de politique économique. Leur but se rapporte toujours à l'ordre public général : le législateur a pris en compte le fait que certaines activités économiques peuvent être à l'origine de désordres matériels », qu'il relie plus ou moins aux objectifs de l'ordre public général tels qu'énoncés aujourd'hui dans l'article L. 2212-2 du CGCT<sup>1364</sup>. Il en déduit alors l'autonomie de la notion d'ordre public économique à l'égard de la notion d'ordre public spécial dans la mesure où, contrairement à ce dernier, son objet n'est pas rattachable à l'une des composantes de l'ordre public général mais aurait un objet purement économique<sup>1365</sup>.

Cette analyse peut être contestée car elle revient, sous couvert de distinguer d'un point de vue théorique les formes générales et spéciales de la police administrative, à nier toute distinction au fond entre ces deux formes. Une telle négation de la différence entre ces deux catégories juridiques résulte d'une appréhension tronquée de leur objet et de leur but. Cet auteur soutient que toutes les polices spéciales qu'il évoque ont un « objet économique », mais non un but de la même nature. Or, l'économie ou la matière économique, pas plus que l'expression de secteur

1363 MARCOU Gérard, *op. cit.*, p. 86.

1364 MARCOU Gérard, *op. cit.*, p. 87.

1365 MARCOU Gérard, *op. cit.*, p. 88.

d'activité ou de flux ne constituent des catégories juridiques<sup>1366</sup>, à la différence de la liberté, dans son principe général tel que figurant à l'article 4 de la DDHC, ou dans ses démembrements spécifiques, plus connus sous le nom de libertés publiques. L'objet d'une police ne peut être que l'aménagement d'une liberté, et son but la conciliation entre l'exercice le plus large possible de cette liberté et la protection d'intérêts qui ne pourraient l'être efficacement par la police administrative générale. Dans ces conditions, la distinction établie par le professeur Marcou entre objet économique ou non pour fonder une différence entre ordre public spécial et ordre public économique n'est pas applicable à l'intégralité du droit positif. Un ordre public spécial constitue toujours un équilibre entre l'exercice le plus large possible d'une liberté, quelque soit son contenu matériel, et un intérêt nécessaire à la vie en société, quel qu'il soit. Il en résulte que la notion d'ordre public économique qu'il défend ne repose que sur une méconnaissance de la notion d'ordre public spécial, dont elle ne constitue qu'une application.

En outre, une telle absence d'autonomie se déduit, de manière surabondante, de l'identité des caractéristiques prêtées à l'ordre public économique avec l'ordre public spécial. Ainsi, quelle que soit la facette considérée de cet ordre public économique et social, il se différencie de sa variante classique par son rôle constructif<sup>1367</sup>. Il en est en premier lieu ainsi à l'égard de leur rôle proactif, opposé à l'effet réactif de l'ordre public classique, en droit privé ou en droit administratif. Cette différence tient à la fois à la technicité de l'équilibre que le législateur veut voir garanti, technicité imposant de posséder des compétences qui ne sont pas forcément maîtrisables par des autorités de police générale, qu'elles soient judiciaires ou administratives<sup>1368</sup> et à la méfiance prévisible que le législateur entretient à l'égard de la réalisation par le libre jeu de l'autonomie de la volonté de l'équilibre qu'il a posé dans sa norme statutaire. A cet égard, il est frappant de constater la similitude entre le constat posé par le professeur Étienne Picard, cité *supra*<sup>1369</sup> et celui posé par le professeur Farjat : « Dès lors que l'on ne se fie plus à la liberté et que l'on doute que la lutte libre des intérêts soit le meilleur système d'organisation économique et sociale, il devient nécessaire de guider, de diriger les activités volontaires, afin de les soumettre à un ordre jugé plus satisfaisant, et même d'imposer certaines activités, dans la mesure où l'initiative volontaire risque de faire défaut »<sup>1370</sup>. L'origine et le régime juridique de ces ordres publics est en outre similaire : jurisprudentielle pour la version classique en droit civil et en droit administratif, législative pour la variante spéciale ou « économique et sociale ». Enfin, tous deux impliquent la mise en place de l'aménagement d'une liberté spécifique par des procédés d'encadrement déclinés de manière identique en droit public et en droit privé<sup>1371</sup>.

1366 Pour une reprise et une explicitation de cette critique, portée cette fois à l'encontre de la notion de régulation, voir *infra*, même chapitre.

1367 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 123 : « A la différence de l'ordre public traditionnel, essentiellement négatif, l'ordre public économique et social vise davantage à déterminer le contenu des contrats qu'à les interdire. Les pouvoirs publics n'entendent pas mettre obstacle aux échanges économiques. Ils veulent seulement qu'ils se fassent conformément à leurs vues. Pour réaliser cette fin, l'ordre public peut commander et s'efforcer d'imposer de façon positive un certain contenu contractuel » ; RAMBAUD Romain, *L'institution juridique de régulation*, thèse, L'Harmattan, 2012, p. 500 : « L'ordre public économique en droit public a alors pour objet de mettre en œuvre des politiques constructives destinées à créer de nouveaux ordres et non seulement de préserver l'ordre existant ».

1368 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 95 : « On a observé que d'une façon générale l'ordre public judiciaire était conservateur et statique, tandis que l'ordre public législatif se révélait plus souvent révolutionnaire et dynamique. L'observation est exacte. En particulier, dans le domaine économique, qui constitue aujourd'hui une part essentielle de l'ordre public, le juge n'a ni la compétence technique ni les moyens d'action qui lui permettraient de faire du dirigisme jurisprudentiel ».

1369 PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 571.

1370 FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome XXXIV, 1963, p. 191.

1371 Voir GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993, p. 131 : Au titre des contrats contrôlés :

La mise au jour dans le doctrine privatiste de la notion d'ordre public économique, si elle trouve une justification dans les carences des publicistes de l'époque pour définir de manière opérationnelle le concept d'ordre public spécial, a entraîné en cascade des conséquences particulièrement visibles encore aujourd'hui. La première de ces conséquences est d'avoir amputé la notion d'ordre public spécial de ses éléments les plus vivants, par leur autonomisation au sein du concept d'ordre public économique. La seconde, qui sera traitée *infra*, est que ce démembrement autonome de la notion d'ordre public spécial fonde en majeure partie le projet d'émancipation de la notion de régulation à l'égard de celle de police administrative spéciale.

L'oubli de la plasticité de la notion d'ordre public spécial, et donc des polices spéciales qu'il fonde dans ses diverses acceptions, emporte alors investissement de la notion d'ordre public économique de vertus supposées fonder de la régulation. Mais l'ordre public économique, à supposer qu'il soit un, ce qui paraît douteux au regard de l'extrême diversité des instruments législatifs qui le déterminent en droit de la concurrence et en droit de la consommation, ne constitue qu'un exemple d'ordre public spécial<sup>1372</sup>. Il est donc normal que sa spécificité soit réelle par rapport à l'ordre public général, mais elle ne constitue qu'un exemple de la spécificité de la différence entre l'ordre public spécial et sa variante générale.

#### b) L'oubli de la plasticité des procédés des polices administratives spéciales

Un auteur en particulier, le professeur Calandri, conteste vigoureusement et de manière particulièrement détaillée que la régulation puisse être une évolution de la notion de police administrative, *a fortiori* spéciale. Plus précisément, pour cet auteur, la police ne peut être assimilée à la régulation pour trois motifs :

- la régulation intègre une activité non contraignante, voire consultative, quand la police est nécessairement impérative ;
- la régulation a couramment recours au contrat, quand cela est proscrit pour la police ;
- la régulation peut encadrer l'activité des personnes publiques, quand ce n'est pas *a priori* concevable pour la police.

Cette argumentation reprend et systématise avec succès des arguments qui ont pu décourager, pour certains auteurs, la qualification de certaines polices administratives spéciales comme telle. Ainsi, les défenseurs d'une conception plus traditionnelle de la police administrative ont pu apparaître comme mis en porte-à-faux par des évolutions du concept qu'ils ne peuvent expliquer, ne partant pas d'une notion unitaire de la police<sup>1373</sup>. A cet égard, l'exemple le plus significatif est peut-être celui du professeur belge Jongen, dans sa thèse de droit comparé relative à la police de l'audiovisuel. S'il réfute l'emploi du terme de régulation pour qualifier l'activité des autorités administratives indépendantes intervenant en la matière, il relève toutefois deux limites à la notion de police administrative, qui empêchent de qualifier pleinement comme telle la mission du CSA français : « Il y a, d'abord, la limite généralement tracée selon laquelle la police ne vise que les activités privées ; il y a, ensuite, la conception selon laquelle la police ne peut s'accommoder des

« L'ordre public économique et social a multiplié les contrôles préventifs, normalement exercés par l'administration. Il s'agit normalement d'un contrôle préventif qui prend généralement la forme d'une autorisation préalable ».

1372 Voir *supra*, section précédente.

1373 Voir *infra*, section 2.

procédés contractuels »<sup>1374</sup>.

En dépit de la rigueur de l'argumentation du professeur Calandri, la thèse qu'elle expose, et qui est partagée par certains auteurs nous semble devoir être contredite. La police administrative n'est pas par principe fermée à l'utilisation de procédés non contraignants, pas plus qu'elle n'est par principe rétive à l'emploi du procédé contractuel ou à l'encadrement de l'activité des personnes publiques dès lors que ces dernières agissent comme des personnes privées. En fait, les novations que cet auteur et d'autres attribuent exclusivement à la notion de régulation ne semble provenir que de l'oubli des spécificités de la notion de police administrative spéciale par rapport à sa forme générale. Les auteurs comparant la notion de régulation avec celle de police administrative générale ne peuvent que constater fort légitimement la plasticité de la première, au regard de la grande rigidité du régime de la seconde. Mais ce faisant, ils oublient que la notion de police administrative spéciale, définie par le législateur, n'est pas liée par le régime jurisprudentiel établi par les juridictions administratives pour l'exercice de sa variante générale. Or, le législateur peut modeler librement le régime des polices administratives spéciales, tant dans leur procédés que leurs modalités d'expression ; faute de quoi la police des données personnelles, toute chamarrée de procédés aussi divers que variés, n'aurait aucune chance d'être qualifiée comme une police administrative spéciale<sup>1375</sup>.

Ainsi, aucune norme ne le contraint à ne leur attribuer que des procédés « normatifs », la présence d'activités consultatives ne constituant alors pas l'apanage de la régulation<sup>1376</sup>. Dans ces conditions, la présence de tels procédés au sein d'une police administrative spéciale, comme celle exercée par le CSA à l'égard de la liberté audiovisuelle, n'est pas suffisante pour fonder le rejet d'une telle qualification<sup>1377</sup>.

De même, rien ne contraint le législateur à doter les régimes de police administrative spéciale de procédés contractuels. Telle n'est pas la position du professeur Calandri, qui estime que « Le but poursuivi par la théorie juridique consiste à justifier l'assimilation de la régulation à une activité de police. Le moyen d'y parvenir réside dans l'intégration des procédés contractuels dans les procédés de police. Or, si cette incorporation au sein de procédés de police a pu être admise par une partie de la doctrine, de façon controversée, la jurisprudence administrative refuse, de manière constante, d'admettre une telle possibilité. Ce rejet contrecarre l'assimilation de la

1374 JONGEN François, *op. cit.*, pp. 53-54.

1375 Voir *infra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

1376 *Contra*, CALANDRI Laurence, *op. cit.*, p. 131 : « il ressort du droit positif que, loin d'être la seule, l'activité de réglementation est assortie d'autres types de pouvoirs. Les organes de régulation possèdent par exemple une fonction consultative, dont l'importance est constamment soulignée par la doctrine. Cette fonction consultative se traduit par la production d'avis dotés d'une portée non normative. Donc, si des prérogatives normatives peuvent être effectivement attribuées à ces organismes, elles sont loin d'être uniques. Toute l'action des organes dits de régulation ne peut être réduite à la mise en œuvre de procédés normatifs. Dans le même esprit, la fonction de régulation ne peut être assimilée à l'unique activité de police qui se traduit, quant à elle, nécessairement par l'exercice de procédés normatifs. L'existence de prérogatives non normatives, tels les actes consultatifs, fait donc obstacle à une totale insertion de leur action dans le cadre de la seule activité de police administrative ».

1377 *Contra*, à propos précisément de la police spéciale de l'audiovisuel, en ce qu'elle comporte la possibilité pour le CSA d'édicter des normes non contraignantes, voir TRAMONI Jean-Joseph, *Le contentieux administratif de la communication audiovisuelle*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 201, 1998, p. 88 : « Matériellement, les ressemblances de l'action administrative en matière audiovisuelle avec les polices spéciales sont indéniables. Toutefois, il n'est pas complètement possible d'intégrer cette action dans le cadre de la police spéciale ».

régulation à une version « modernisée » de la police administrative »<sup>1378</sup>. Mais le fait d'agiter le chiffon rouge de la jurisprudence *Commune de Castelnaudary*<sup>1379</sup>, interdisant le recours à des procédés contractuels en matière de police administrative générale, ne doit pas conduire à se méprendre sur la portée de cette décision. En effet, elle ne vaut que dans le silence de la loi caractérisant l'essentiel du régime de la police administrative générale. Elle ne saurait constituer un argument valable face à l'inscription par le législateur de tels procédés contractuels comme outils de la panoplie de certaines polices administratives spéciales, et ce de longue date<sup>1380</sup>.

Enfin, « l'activité de police est traditionnellement présentée comme ayant un objet nécessairement privé, c'est à dire comme s'appliquant à l'activité des particuliers. Puisque les actes édictés par les organes de régulation peuvent avoir pour destinataires des personnes publiques, l'objet de leur activité peut être aussi public. Il apparaît alors difficile d'assimiler la régulation à une simple activité de police administrative »<sup>1381</sup>. Et effectivement, la notion de réglementation, centrale dans la notion de police administrative, a pu être par le passé perçue comme ayant pour objet exclusif l'activité privée et non l'activité publique. Cette mise à l'écart de l'activité publique de la réglementation de droit commun se trouve encore accentuée par une conception de l'activité de service public comme étant opposée à celle de police administrative<sup>1382</sup>. Une telle acception rend alors à première vue inconcevable l'idée d'une police s'exerçant à l'égard d'un service public : il y aurait, séparés de manière étanche, d'un côté les activités de service public et, de l'autre, les activités privées. Mais une telle opposition a vécu, pour laisser place à la notion d'activité publique réglementée<sup>1383</sup>. En effet, elle équivaudrait au rejet par principe de toute réglementation de l'activité publique. Or, le caractère public de cette dernière, dans certains cas, ne constitue pas un motif invalidant *per se* l'application de la réglementation prévue pour l'activité privée. Ainsi, un agent public utilisant un véhicule pour l'exercice de ses fonctions demeure, sauf exceptions peu nombreuses, soumis aux dispositions du code de la route. De la même façon, les travaux et projets

1378 CALANDRI Laurence, *op. cit.*, pp. 142-143.

1379 CE, Ass., 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary*, Rec. p. 595.

1380 NÉGRIN Jean-Paul, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, thèse, LGDJ, 1971, pp. 110-111 : « la formule « le pouvoir de police ne se concède pas » ne doit pas être interprétée comme signifiant l'exclusion des personnes privées de l'exercice de toute police, puisqu'aussi bien l'existence d'une intervention a été constatée en matière de police économique et de police spéciales (souvent d'ailleurs sur le fondement d'un lien contractuel). Elle indique simplement l'inexistence en l'état du droit actuel de toute possibilité d'habilitation contractuelle en matière de police administrative générale. En soi, celle-ci n'est pas plus susceptible d'être exercée par des personnes privées que n'importe quelle autre activité prise en charge par les gouvernants ».

1381 CALANDRI Laurence, *op. cit.*, pp. 143-144.

1382 WALINE Marcel, *Droit administratif*, 9<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1963, p. 638 : « la police (...) s'oppose à une autre forme d'activité de l'administration, qui est le service public. Là où il y a service public, il n'y a plus d'activité privée, mais une activité régie, totalement ou au moins partiellement, par le droit public ; tandis que l'activité que peuvent exercer les citoyens dans le cadre de la réglementation de police, dans la mesure où la réglementation de police leur laisse une marge de liberté, demeure naturellement une activité purement privée. Ainsi, la notion de police paraît s'opposer à celle de service public, comme désignant deux modes d'intervention absolument différents, contradictoires entre eux, d'intervention des autorités publiques dans la vie sociale ».

1383 HECQUARD-THÉRON Maryvonne, *Essai sur la notion de réglementation*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXXVI, 1977, p. 94 : « Considérée comme prérogative par excellence de la puissance publique, la réglementation s'applique traditionnellement à l'activité privée. Elle n'est autre que le cadre à l'intérieur duquel peut s'exercer l'activité privée. Elle détermine les lignes de conduite des individus ou catégories d'individus. Cette conception de l'objet de la réglementation était en parfaite harmonie avec les distinctions classiques entre activités privées et activités publiques, l'activité publique consistant d'ailleurs pour une large part à réglementer l'activité des particuliers. Cette opposition entre activités « par nature » différentes s'étant estompée, il semble que l'on puisse discerner aux côtés de l'activité privée réglementée une activité publique réglementée ».

d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique sont soumis aux polices administratives spéciales de l'environnement<sup>1384</sup>. Le recours à cette notion d'activité réglementée permet de distinguer entre les activités ou la part des activités de service public excluant par nature l'application d'une réglementation conçue pour les activités privées, de celles ne se distinguant en rien de l'activité privée<sup>1385</sup>.

Roger Latournerie a ainsi, le premier à notre connaissance, proposé la reconnaissance à côté de la catégorie du service public des catégories d'activité publique d'intérêt général et d'activité publique réglementée. En effet, il considère que « de même qu'il existe, en droit privé, outre les activités d'intérêt général, des activités simplement réglementées, on trouve en droit public – et il y a là encore, un point pourtant capital, qui n'a pas été mis en évidence, ni même entraperçu – des activités de ce dernier genre »<sup>1386</sup>. Pour le dire autrement, « il existerait une sorte d'échelle des activités menées par la puissance publique dont le degré supérieur serait l'activité de service public et le degré inférieur l'activité publique réglementée »<sup>1387</sup>. Pour qu'une telle qualification soit possible, « il faut que l'objet de cette activité ne puisse être rattaché à l'organisation interne de l'administration. Il faut en d'autres termes que la personne publique se trouve dans une situation comparable à celle de la personne privée. Il faut que l'activité de la personne publique se situe en dehors du système administratif. Ce n'est que lorsque la puissance publique agit en tant que personne privée, que l'objet de son activité n'est pas directement rattachable aux fins qu'elle poursuit normalement comme personne publique qu'elle peut être et qu'elle est en fait réglementée. L'exemple le plus net est sans doute celui de la réglementation qui s'applique à la gestion du domaine privé »<sup>1388</sup>.

Dans la mesure où l'objet d'une police administrative spéciale est la réglementation d'une liberté, rien ne s'oppose donc par principe à ce qu'elle s'applique à des activités publiques dès lors que ces dernières exercent elles-même cette liberté dans le cadre de leurs activités. En effet, à titre d'exemple, si l'objet de la police de l'audiovisuel est la réglementation de la liberté de communication audiovisuelle, peu importe que le titulaire de cette liberté soit une personne publique ou privée. La coïncidence entre l'ouverture de ce domaine à l'activité libre et l'apparition d'autorités en la matière a bien été perçue par l'auteur, mais il n'en a pas tiré la conclusion de l'unicité de l'objet réglementé<sup>1389</sup>. La disparition d'une situation de monopole entraîne alors l'application d'un régime libéral, peu important à cet égard que cette liberté soit exercée par une personne privée ou publique. Se trouve alors confirmé ce que le professeur Jean-Bernard Auby désigne comme un « mouvement de banalisation du droit des personnes publiques », c'est à dire « la tendance à soumettre celle-ci aux règles qui régissent les relations juridiques privées, ou à des

1384 Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JORF*, 13 juillet 1976, p. 4203, article 2.

1385 HECQUARD-THÉRON Maryvonne, *op. cit.*, pp. 96-97 : « L'activité des personnes publiques ne peut être comprise de la même manière. En effet parce que les personnes publiques se situent dans une structure unique d'autorité, il est difficile de considérer que leur activité est réglementée.(...).Cependant la question reste entièrement posée pour les activités que la puissance publique ne poursuit pas directement dans l'intérêt général mais dans un but essentiellement patrimonial, c'est à dire avant tout dans « l'intérêt privé » de l'administration. Dans cette hypothèse, on conçoit mal qu'elle échappe à toute réglementation ; c'est alors que peut apparaître une réglementation spéciale s'appliquant à l'activité menée par la personne publique ».

1386 LATOURNERIE Roger, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, p. 147, note n° 1.

1387 HECQUARD-THÉRON Maryvonne, *op. cit.*, p. 100.

1388 HECQUARD-THÉRON Maryvonne, *op. cit.*, p. 101.

1389 JONGEN François, *op. cit.*, p. 54 : « Sans doute est-il exact de constater que, dans le cadre de l'audiovisuel, l'apparition d'autorités spécifiquement instituées pour exercer la police d'audiovisuel coïncide avec le développement – d'aucuns diront la prolifération- des chaînes privées. Force est toutefois de constater que, dans nombre de cas, ces autorités n'exercent pas seulement leurs compétences à l'endroit des chaînes privées, mais aussi à celui des chaînes publiques ».

règles inspirées de celles qui régissent les relations juridiques privées »<sup>1390</sup>, à l'instar de l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui a rendu le droit de la concurrence applicable « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ».

Il résulte de tout ce qui précède que les critères érigés par les tenants de l'autonomie de la régulation à l'égard de la police ne valent que pour établir une distinction avec la forme générale de cette dernière, et non avec sa forme spéciale. Or, dans cette opération, les traits supposés appartenir en propre à la notion de régulation et l'opposer de manière irréductible à la notion de police administrative sont en tous points compatibles avec celle de police administrative spéciale. La régulation ne constitue donc qu'une appellation peu commode et limitante pour désigner les novations -parfois très relatives- des procédés mis en œuvre au sein des polices administratives spéciales.

Dans ces conditions, l'exemple concret du droit des données personnelles permet de justifier la réintégration des procédés à tort attribués à la régulation à la notion de police administrative spéciale. Cet exemple spécifique permet alors d'illustrer la pertinence comparée de ces deux concepts et de les départager en fonction de leur valeur explicative réciproque, au profit de la notion de police administrative spéciale.

## 2) La régulation, symptôme de l'oubli de l'État

La régulation, dans son acception juridique, est décrite comme un phénomène naturel et littéralement sans histoire. L'emploi du concept de régulation a pour avantage remarquable de permettre une approche interdisciplinaire. Mais en contrepartie et assez paradoxalement, il aboutit à une rupture avec l'essentiel du droit public, qui se traduit par une mise à l'écart, au moins relative, de la théorie de la police et, donc, des libertés publiques<sup>1391</sup>. Le succès de l'emploi de ce terme constitue donc, à notre sens, une manifestation particulièrement virulente de la dérive décrite par Olivier Beaud quant à l'oubli de l'État, et notamment de la permanence historique de son action, dans la définition du droit administratif (a). Dans une même optique, l'emploi du terme de régulation tend également à faire oublier le contexte libéral dans lequel intervient l'action publique, en reléguant l'idée même de liberté (b). Enfin, cette concurrence apportée par la notion de régulation à celle de police administrative se trouve favorisée par un contexte globalement défavorable à l'emploi de cette dernière (c).

### a) Un concept entérinant la rupture du lien entre action publique et État

Dans un premier temps, l'emploi du terme de régulation aboutit à rompre tout lien conceptuel avec la notion de police et, ainsi, avec les caractéristiques et l'histoire propre de cette dernière, notamment son rôle fort dans la constitution de l'État moderne français.

Un point révélateur à cet égard est le discours contemporain selon lequel la plus-value qu'aurait la notion de régulation sur celle de police vient de ce que la première, à l'inverse de la réglementation caractérisant la seconde, serait empreinte de pragmatisme. Le professeur Gérard Timsit a pu l'exprimer directement comme étant celle d'une contextualisation dans l'exécution d'une norme, à la différence de la réglementation dont l'application serait uniforme<sup>1392</sup>. Plus

1390 AUBY Jean-Bernard, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3.

1391 Voir *supra*, introduction générale.

1392 TIMSIT Gérard, *Archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 204. Voir également p. 212 : « La régulation requiert de

sobrement, le professeur Chevallier a caractérisé le droit de la régulation comme « un droit pragmatique, sous-tendu par une préoccupation d'efficacité »<sup>1393</sup>. Un auteur privatiste a, plus récemment, adopté une formulation intéressante : « par régulation, il faut entendre un droit d'en bas, se préoccupant du cas concret »<sup>1394</sup>. Or, cette dernière citation est intéressante car elle révèle la similitude profonde entre cette plus-value supposée exclusive de la notion de régulation et des caractéristiques considérées comme propres à la notion générale de police depuis plusieurs siècles. A ce titre, cette citation est à mettre en relation avec la notion politiste de la police telle que définie par Hélène Lheuillet, selon laquelle « la police est un élément de la politique devenue rationnelle »<sup>1395</sup>.

En effet, si la recherche de rationalité a pu être conçue comme un critère explicite définissant la régulation et l'opposant de manière irréductible à celle de police<sup>1396</sup>, force est de constater que c'est là également, depuis au moins le XVIII<sup>ème</sup> siècle, un attribut de définition de la notion de police. Ainsi, en 1769, l'abbé Fleury considérait que la police est « la meilleure partie de nos Loix, la plus approchante des Loix antiques, la moins mêlée d'intérêts particuliers, la plus fondée sur l'expérience et la raison »<sup>1397</sup>. Outre cette rationalité attachée à la notion classique de police, ce même auteur lui attribue, dans les termes de l'époque, la vertu du pragmatisme en des termes certes datés mais révélateurs: « On appelle police les règlements particuliers qui concernent les choses les plus nécessaires à la vie et au commerce des hommes, qui, étant pour la plupart différentes en chaque lieu, ne peuvent pas aisément être comprises sous une loi générale »<sup>1398</sup>. Ce caractère pragmatique et concret est également, à la même époque, mis en exergue par Montesquieu, lorsqu'il évoque ces choses de chaque instant, où il ne s'agit ordinairement que de

l'autorité habilitée à agir une appréciation des circonstances concrètes auxquelles elle est confrontée – et une appropriation de ces circonstances ». Plus loin, p. 214, l'auteur lui donne également le nom de « fonction de spécification ».

1393 CHEVALLIER Jacques, « Régulation et polycentrisme », *RA*, 1998, p. 48 ; CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008, p. 62.

1394 MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004, p. 221. Dans le même sens, voir : FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 613 ; HERVIEU Merryl, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 118, 2012, p. 18 : « La fonction de régulation suppose toujours une appréhension concrète des intérêts en conflits » ; Conseil D'état, *Les Autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 281 : le concept de régulation marquerait « la volonté d'aboutir à des résultats concrets, plutôt que d'énoncer des affirmations théoriques ».

1395 L'HEUILLET Hélène, *Basse politique, haute police. Une approche historique et philosophique de la police*, Fayard, 2001, quatrième de couverture.

1396 COLSON Jean-Philippe, IDOUX Pascale, *Droit public économique*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008, p. 468 : « Les précisions précédentes relatives à la fonction générale de régulation n'excluent pas de considérer qu'au sens strict, la régulation désigne en droit positif une méthode d'action qui implique de privilégier une approche finaliste de l'action publique, supposant elle-même la possibilité d'utiliser alternativement ou de façon combinée une palette d'instruments suffisamment variés pour que l'action entreprise se réalise dans des conditions d'efficacité optimale ». Voir également HERVIEU Merryl, op. cit., pp. 18-19 : « la fonction de régulation se traduit par une normativité particulière. Celle-ci se singularise par une recherche accrue d'efficacité des modes d'intervention publique, condition de sa légitimité, justifiant la variété inédite des modes d'action et l'adaptabilité des règles applicables » et p. 119 : « Ce souci d'efficacité constitue un des attraits du système de régulation aux mains d'un régulateur autonome. En ce sens, le droit de la régulation se singularise par son caractère pragmatique, évolutif et dynamique : le souci d'obtenir les résultats escomptés en fonction des caractéristiques et des problématiques propres à chaque secteur implique un processus d'adaptation permanente des normes et le recours à une grande variété d'action, les uns juridiques, les autres non » .

1397 FLEURY Claude, *Droit public de France*, 2 vol., Pierres, Paris, 1769, I, p. 135.

1398 FLEURY Claude, *Institutions au droit français*, 2 vol., Paris, 1692, édition Durand, Paris, 1858, I, p. 91

peu<sup>1399</sup>. En fait, l'emploi de la notion de régulation et sa caractérisation comme un procédé distinct de la police par sa recherche d'efficacité et d'application concrète de la norme conduit à faire l'impasse, de manière pure et simple, sur l'histoire de la notion de police. Dès lors que l'on s'astreint à faire cet effort généalogique, à l'instar de Paolo Napoli, il apparaît clairement que le terme de régulation ne constitue qu'une étiquette nouvelle accolée à une bouteille ancienne. Ainsi, pour cet auteur particulièrement, « la police est avant tout une notion pragmatique. Dans sa démarche concrète, elle doit affronter une réalité qui échappe pourtant à toute entreprise de mise en forme préalable. Dès lors, le moment de la pratique est souvent destiné à fournir des solutions éphémères, subordonnées aux cas que les rapports sociaux leur dictent »<sup>1400</sup>. Si cette notion se caractérise par le pragmatisme, c'est parce qu'elle a vocation à traduire, de manière opérationnelle, les directives définies par le politique<sup>1401</sup>.

La centralité de ce critère de l'efficacité dans la définition de la notion de régulation et celle de police justifie, pour la première, tant sa légitimité que la nécessité d'adapter en permanence ses moyens d'actions à la réalité qu'elle prétend régir. Un parallèle peut être tiré entre le lien, dans les notions de police et de régulation, entre cette recherche d'efficacité et ce pragmatisme et la question de la légitimité de l'organe ou de la personne morale qui assure une telle fonction. En effet, chez les promoteurs de l'idée de régulation, une préoccupation *a priori* curieuse est mise en avant : la légitimité de la fonction de régulation, tirée de son efficacité<sup>1402</sup>. Il est compréhensible que des auteurs étrangers, non familiarisés avec la conception historique de la notion française de police, puissent considérer la question de l'efficacité comme celle d'une « nouvelle légitimité »<sup>1403</sup>. Mais pour des auteurs familiarisés avec cette notion, une telle recherche de légitimité par l'efficacité ne permet pas d'y voir des préoccupations nouvelles du droit administratif.

Si tel est le cas, c'est parce que la police constitue historiquement, pour le cas français, un moyen de faire descendre la légitimité politique des sommets du gouvernement dans la vie concrète des individus. Son apparition depuis la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle traduit une volonté de l'État, poursuivie avec constance au siècle suivant, de « séculariser son éminence souveraine »<sup>1404</sup>. Cela signifie alors deux choses. La première est que la recherche d'une légitimité de type constitutionnel semble avoir été intégrée par la royauté d'alors, notamment à travers l'apport théorique d'auteurs comme Jean Bodin, à la définition d'une conception autonome du religieux par rapport à la notion de souveraineté. Il n'était donc alors plus primordial de chercher des arguments théoriques pour justifier l'indépendance du pouvoir royal français par rapport à ses rivaux. La seconde est qu'une telle légitimité constitutionnelle est abstraite et, à cet égard, si elle

1399 Voir *supra*, première citation.

1400 NAPOLI Paolo, *op. cit.*, p. 58.

1401 NAPOLI Paolo, *op. cit.*, p. 21 : « il existe entre politique et police un certain décalage qui porte non pas sur la substance mais sur la fonction. La politique reste surtout un art, une *techne* appliquée à la société des hommes. C'est la raison pour laquelle elle relève toujours de la philosophie, du savoir. Au contraire, dès les ordonnances de la fin du Moyen Age, une sorte de capacité opérationnelle semble s'attacher au domaine de la police » et p. 22 : « Dans ces cas, « police » figure à côté de gouvernement pour désigner le domaine où celui-ci s'effectue et met en place réellement tout ce qui constitue l'objet même du savoir politique. Entre police et politique se dessine dès lors une sorte d'écart fonctionnel. La politique reste une discipline savante, objet d'apprentissage et de transmission. La police s'oriente au contraire vers une rationalité du but à atteindre, qui détermine sa vocation instrumentale et pratique ».

1402 HERVIEU Merryl, *op. cit.*, p. 18.

1403 LONGOBARDI Nino, « Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif (suite et fin) », *LPA*, 31 août 1999, n° 173, p. 11.

1404 NAPOLI Paolo, *op. cit.*, p. 34. Voir également L'HEUILLET Hélène, *op. cit.*, p. 18.

constitue un préalable nécessaire à une réelle indépendance étatique, ne garantit pas en soi la permanence du pouvoir qui s'exerce sur une population vivant sur un territoire bien délimité. Or, pour des raisons conjoncturelles liées à un contexte intérieur troublé<sup>1405</sup>, l'État a cherché à affermir cette légitimité<sup>1406</sup>, acquise sur le plan théorique, en se gagnant les faveurs de la population qu'il prétendait régir. Il s'agissait alors de doubler cette légitimité constitutionnelle d'une légitimité administrative, précisément basée sur l'efficacité de l'État pour répondre à certaines attentes de ses sujets<sup>1407</sup>. Pour ainsi dire, à côté d'un État constitutionnel bien établi, il s'agissait d'établir ce que des théoriciens postérieurs appellerons l'État administratif, c'est à dire l'implantation de la structure du pouvoir politique dans la vie et les préoccupations quotidiennes des sujets ou citoyens administrés<sup>1408</sup>. Cette recherche d'efficacité du pouvoir étatique, qui constitue en fait une recherche de légitimité administrative, justifie le développement à partir du début du XVII<sup>ème</sup> siècle d'une littérature ayant pour objet les procédés concrets de connaissance de la société, comme le *Traité de l'économie politique* d'Antoine De Montchrétien paru en 1615, afin précisément d'améliorer cette action nouvelle de l'État.

Par ailleurs, cette proximité entre le sens politique de la notion de police et les vertus présumées du terme de régulation se trouve encore accentuée lorsque l'on définit cette dernière dans les termes mêmes de la science-politique, comme assurant la « régulation des conduites » et/ou le « contrôle social »<sup>1409</sup>. Ainsi, dans leur ouvrage de droit public économique, Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, après avoir donné une définition générale<sup>1410</sup> et une définition plus spécifiquement économique<sup>1411</sup> de la régulation, la définissent synthétiquement en deux points : « La régulation *lato sensu* désigne l'encadrement général des conduites »<sup>1412</sup> et « La régulation

1405 Pour mémoire, à raison du développement du protestantisme en France et de la répression apportée par le pouvoir royal, le XVI<sup>ème</sup> siècle a vu se dérouler sur notre sol pas moins de huit guerres de religion, de 1562 à 1598.

1406 NAPOLI Paolo, *op. cit.*, p. 37 : « L'instabilité sociale engendrée par les guerres civiles constitue bien le pré-supposé historique et logique du développement de la police, instrument décisif de la mise en forme de l'État français au début du XVII<sup>ème</sup> siècle. Lors de ces événements sanglants, l'État monarchique expérimente sa capacité à instaurer un lien avec les sujets. Précisément à cause des guerres civiles, la construction d'un « ordre » apparaît comme une nécessité aussi bien réelle que théorique ».

1407 NAPOLI Paolo, *op. cit.*, pp. 33-34 : « A partir du XVII<sup>ème</sup> siècle, la puissance monarchique s'efforcera précisément de concilier l'exercice d'une souveraineté s'imposant par les instruments généraux de l'ordonnance (...) et de l'édit (...) avec les objectifs spécifiques et précis d'un gouvernement social censé gérer l'utilité publique. Pour la souveraineté, la tâche stratégique décisive consistera alors à adapter un instrument législatif à vocation globalisante à des objets qui requièrent, eux, une attention particulièrement minutieuse. En termes politiques, il s'agit d'assurer la maîtrise du pouvoir royal sur un territoire et sur sa population de manière que l'action de gouverner ne demeure plus tributaire de la discontinuité dans laquelle s'accomplit la fonction de rendre justice Il s'agit d'établir entre le roi et les sujets un lien (...) tel que l'obéissance des sujets répond moins à l'autorité du pouvoir qu'à l'efficacité de ses actes ».

1408 Sur la notion d'Étatisme administratif, voir HAURIOU Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1829*, Sirey, 1929, t. 1, Préface, p. X.

1409 CHEVALLIER Jacques, « De quelques usages du concept de régulation », in MIAILLE Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 85.

1410 COLSON Jean-Philippe, IDOUX Pascale, *Droit public économique*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008, p. 467 : « Au sens large, réguler continue de signifier avant tout, en droit, encadrer les conduites en ajustant au mieux les divers intérêts en présence pour assurer l'ordre social et le bien être optimal des membres de la collectivité ».

1411 COLSON Jean-Philippe, IDOUX Pascale, *op. cit.*, p. 468 : « Pour ce qui concerne plus précisément le droit économique, réguler le marché consiste donc avant tout à y encadrer les comportements par l'édiction, en amont, de règles protectrices des intérêts légitimes en présence et le cas échéant l'application, en aval, d'une sanction quelconque de la règle ».

1412 COLSON Jean-Philippe, IDOUX Pascale, *op. cit.*, p. 467.

*stricto sensu* suppose la combinaison pragmatique et finalisée de méthodes variées »<sup>1413</sup>.

Ainsi, le détour par la science politique et la généalogie de la police permet de relativiser, si ce n'est d'anéantir, la distinction entre ce que l'on nomme police et régulation, les vertus sensées caractériser la seconde étant en tous points identiques à celles de la première.

b) Un concept entérinant la rupture du lien entre l'action publique et la notion de liberté

Dans un second temps, l'usage du terme de régulation aboutit à laisser de côté la notion de liberté. Cette mise de côté peut prendre deux formes.

La première se focalise sur des expressions comme « secteur », « domaine d'activité », quand ce n'est pas de « flux »<sup>1414</sup>. Ce faisant, son usage conduit à ignorer le concept même de liberté, pour se concentrer sur celui d'ordre public ou, encore plus imprécis, de secteurs d'activités<sup>1415</sup>. Ainsi, par exemple, le professeur Thomas Pez considère que « le CSA n'est ainsi le régulateur que du secteur de l'audiovisuel, l'AMF que de celui des marchés financiers »<sup>1416</sup>. Certes, il peut arriver que dans de telles contributions, l'idée de liberté soit rappelée par des termes explicites, évoquant par exemple la régulation d'un secteur d'activités dans un contexte de libre concurrence. Mais le problème est qu'en droit, les concepts de liberté, d'ordre public et police sont indissociablement liés et ne se comprennent pas l'un sans l'autre<sup>1417</sup>. Et l'objet « secteur d'activité » ou « domaine d'activité »<sup>1418</sup> ne constitue pas un concept juridique, à la différence de la notion de liberté, qui peut s'incarner dans n'importe quelle activité et, à ce titre, faire l'objet de l'encadrement par la personne publique... Dans ces conditions, l'emploi massif du terme de régulation aboutit à ce qu'aujourd'hui, pour désigner le droit positif, on emploie le terme de « régulation sectorielle »<sup>1419</sup> là où l'objet de l'encadrement public n'est pas juste une activité, mais une activité libre, donc la liberté s'y attachant, conditionnant ainsi la compétence de principe du législateur telle que définie dans l'article 34 de la Constitution à l'égard des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques » Dans cette optique, pour renverser la formulation proposée par le professeur Pez, l'objet du CSA est l'encadrement de la liberté de communication dans certaines de ses modalités, l'objet de l'AMF est l'encadrement de la liberté de prestation de certains services financiers.

La seconde se propose, purement et simplement, de rompre tout lien entre les notions d'ordre public et de liberté : « la conception de l'ordre public comme étant nécessairement rattaché à la police et à la liberté tient sans doute à l'hypothèse contestable selon laquelle l'État en tant

1413 COLSON Jean-Philippe, IDOUX Pascale, *op. cit.*, p. 468.

1414 Sur cette question de la naturalisation du principe de libre circulation des données personnelles dans l'ordre international en une « régulation des flux transfrontières de données », voir *supra*.

1415 Voir la définition précitée du droit de la régulation dans FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 610.

1416 PEZ Thomas, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, 2014, n°2, p. 360.

1417 Voir *supra*.

1418 PEZ Thomas, *op. cit.*, pp. 359-360. Pour rendre justice à cet auteur, ce dernier critique ouvertement l'enfermement du droit de la concurrence opéré par une partie de la doctrine dans une approche purement sectorielle et plaide pour une conception globale, fondée sur le droit commun, de la « régulation » de la concurrence (p. 361). Il va même jusqu'à considérer que « la régulation est une forme de police » (p. 364), sans malheureusement davantage pousser cette partie de son analyse.

1419 PEZ Thomas, *op. cit.*, pp. 358-378.

qu'institution primaire, aurait pour seule tâche la préservation des libertés. Au contraire, si toutes les institutions connaissent l'ordre public, celui-ci peut tout aussi bien être orienté sur d'autres idées d'œuvre, au sein desquelles peut figurer l'efficacité économique »<sup>1420</sup>. Une telle hypothèse conduit implicitement mais nécessairement à faire fi de la liberté, donc de la police. Or, cela ne conduit ni plus ni moins qu'à laisser de côté une dynamique ayant notamment structuré la société et l'État français depuis la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle et, du coup, à faire l'impasse sur les raisons de l'institution progressive du libéralisme qui, certes, relèvent pour partie d'une conception jusnaturaliste de la personne humaine, mais a été à l'origine et de manière prédominante ou à tout le moins concordante<sup>1421</sup>, mis en application pour des raisons précisément d'efficacité économique<sup>1422</sup>.

Le fait de laisser de côté ce fil conducteur du libéralisme entre les disciplines et entre les siècles conduit alors à développer une approche sécessionniste de la notion d'ordre public, en la séparant nettement de la notion d'ordre public économique : « En premier lieu, la régulation consacre le retour en force de l'ordre public économique et remet en cause l'hypothèse du déclin de l'ordre public de direction. En second lieu, l'ordre public économique doit être distingué de la notion de police dans la mesure où il est parfaitement clair qu'un tel ordre public n'a pas seulement pour objet la protection des libertés aujourd'hui mais bien d'autres impératifs, autant en termes de direction qu'en termes de protection. En somme, la notion d'ordre public économique doit être considérée aujourd'hui comme une notion autonome de celle d'ordre public au sens classiquement entendu en droit administratif général. Dès lors, à l'inverse des conceptions traditionnellement admises, la notion d'ordre public économique permet de différencier la régulation de la police et non de les confondre. En effet, la police économique, en ce qu'elle met en œuvre la protection des libertés, relève bien davantage d'un ordre public libéral que d'un ordre public économique »<sup>1423</sup>.

### c) Un concept prospérant sur l'insularité de la police administrative en droit public

Il existe un contexte général au sein du droit public qui explique la vivacité de l'emploi de la notion de régulation en lieu et place de celle de police administrative. Cela tient à deux raisons, respectivement structurelle et conjoncturelle.

La première de ces raisons, structurelle, tient à l'existence d'une isolation et d'un étiolement progressif de l'étude de la police administrative du reste du droit administratif et, plus généralement, du droit dans son ensemble. Cet isolement s'est construit progressivement, du fait de la conjonction de trois évolutions au moins partiellement distinctes.

En premier lieu, la plus fondamentale de ces causes réside dans ce que le professeur Olivier Beaud décrit comme « l'oubli de l'État » dans la doctrine administrativiste contemporaine »<sup>1424</sup>. Il

1420 RAMBAUD Romain, *op. cit.*, pp. 498-499.

1421 GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Arthur Rousseau, 1912, p. 45 : « Les conclusions de la science économique rejoignaient donc celles de la philosophie politique : c'est sur la base de l'autonomie individuelle et du libre contrat que politiques et économistes prétendaient édifier leur idéal social ».

1422 Ainsi, ce n'est pas en soi qu'Adam Smith cherche les bénéfices de la « main invisible », mais bien parce que la liberté des agents économiques lui semble être le procédé permettant la plus grande efficacité économique : SMITH Adam, *op. cit.*, p. 308.

1423 RAMBAUD Romain, *op. cit.*, pp. 500-501.

1424 BEAUD Olivier, « L'État », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, 2011, p. 210 et ss.

évoque notamment à ce titre un « phénomène de déréalisation du droit administratif »<sup>1425</sup>, dont l'enseignement lui semble de plus en plus réduit à l'étude des actes administratifs plutôt qu'à l'activité juridique de l'administration. Il y aurait ainsi une tendance lourde à ce que l'enseignement du droit administratif et sa présentation dans les manuels tende à ignorer de plus en plus aussi bien la notion d'État que ses implications concrètes, aboutissant de manière générale à ce que soit délaissé l'étude de cet État administratif qui interagit de manière quotidienne avec les citoyens. Dans ces conditions, tous les éléments du droit administratif qui expliquent certaines motivations et influences non strictement juridiques d'autres disciplines sur l'État comme la science administrative, ainsi que tous les éléments qui tendent à étudier les manifestations concrètes de son action comme la police et le service public, se trouvent relégués au profit de l'étude de la hiérarchie des normes et des actes administratifs<sup>1426</sup>. Le professeur Olivier Beaud date le début de cette disparition de la deuxième édition des *Principes généraux du droit administratif* de Gaston Jèze, en 1914. Cet auteur serait selon lui le premier à avoir éludé l'État dans le cadre d'un ouvrage d'enseignement du droit administratif<sup>1427</sup>, suivi par Marcel Waline et George Vedel, pour le premier à partir de 1936<sup>1428</sup>.

La seconde de ces causes, redoublant la première, tient à ce que non seulement on observe une tendance, dans l'enseignement du droit administratif à la mise à l'écart des fonctions concrètes de l'État, mais encore que cette mise à l'écart se double d'une survalorisation de l'une d'entre elles. Ainsi, il existe une tendance marquée des auteurs publicistes à délaisser, de manière globale, le champ d'étude de la police administrative au profit de la notion de service public, ne serait-ce que du fait du succès des thèses de Léon Duguit<sup>1429</sup>, aboutissant à ce que le droit administratif puisse être résumé par la seule notion de service public<sup>1430</sup>. A cet égard, la consultation d'ouvrages

1425 BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 212.

1426 BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 213 : « Résumons : le triomphe du positivisme le plus rigoureux, combiné avec une sorte d'idolâtrie de la hiérarchie des normes cultivée à l'excès en raison de la priorité accordée au principe de légalité et de la découverte, plus récente, des principes de constitutionnalité et de conventionnalité, a conduit beaucoup de juristes à communier dans la foi selon laquelle la science du droit administratif ne serait qu'une pure et simple technologie des normes – certes une technologie hautement sophistiquée qu fait les délices des commentateurs de ce droit désormais aussi « européenisé » ».

1427 BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 222 et ss.

1428 BEAUD Olivier, *op. cit.*, pp. 224-228.

1429 Et dont on trouve une formule particulièrement percutante dans DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. XIX : « L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande : il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne »

1430 BENOIT, Francis-Paul, *Le Droit administratif français*, Dalloz, 1968, pp. 752-753 : « comment s'explique cet usage qui consiste à désigner tous les corps administratifs, c'est à dire toute l'Administration, par le vocable de services publics, alors que, en son sens le plus spécifique, ce terme ne désigne que l'un des procédés d'action de l'Administration, auprès duquel le procédé de la police ne le cède en rien en importance ? Il y a là un singulier amoindrissement du mot police si l'on songe que sous la Monarchie, jusqu'au XVIII<sup>ème</sup> siècle, c'est au contraire ce terme qui englobait toute l'Administration.

Les raisons de ce renversement semblent être de deux ordres. Quantitatives tout d'abord : les corps administratifs mettant en œuvre le procédé du service public sont plus nombreux que les corps mettant en œuvre le procédé de la police ; le cas le plus fréquent l'a emporté sur le plan de la terminologie. Qualitatives d'autre part : sous l'influence de Duguit et de l'École du service public, on a prétendu expliquer tout le droit administratif par l'idée de service public. La tendance a dès lors été de négliger le procédé de la police, de limiter la notion d'activité administrative à celle du procédé du service public, et par suite d'identifier l'Administration, au sens organique, à ce type d'activité qu'est ce dernier procédé, d'où l'emploi d'un même terme pour désigner le corps administratif et son activité jugée essentielle.

Tout ceci est éminemment regrettable. Le procédé de la police est aussi important que celui du service public. L'influence de Duguit a conduit à négliger les études sur la police, ce qui doit d'autant plus être déploré que le recours à ce procédé se développe depuis le début de ce siècle dans des proportions considérables ». Pour un

généraux relatifs à l'histoire du droit administratif s'avère édifiante, qui soit limitent leur présentation de la notion de police à des considérations rapides sur sa seule signification sous l'Ancien régime<sup>1431</sup>, soit consacrent des développements à la notion de police administrative particulièrement succincts<sup>1432</sup>, soit ignorent purement et simplement la question<sup>1433</sup>. Dans les trois exemples cités, l'approche historique du droit administratif ne consacre en tant que telle aucune subdivision d'ampleur même moyenne à la notion de police administrative, voire aucune entrée en tant que telle dans la table des matières. En comparaison, la notion de service public occupe de larges pans des ouvrages précités. La police administrative apparaît donc à notre sens comme un angle mort, dans l'enseignement et la recherche en droit administratif.

La dernière de ces causes réside dans les techniques de compensation de cette carence de la doctrine publiciste mises en œuvre par certains auteurs du droit privé pour décrire la réalité de l'encadrement par l'État des activités des particuliers. Pour ainsi dire, cette cause s'analyse comme un report, tout à fait compréhensible, de l'« oubli »<sup>1434</sup> de la police administrative et de l'État par les publicistes, dans les travaux des auteurs privatistes. Un tel report semble avoir été entériné à l'issue des débats opposant, au sortir de la seconde guerre mondiale, publicistes et privatistes pour la définition de leurs domaines respectifs. En effet, les applications pratiques de la notion de police en droit public sont littéralement innombrables dans la mesure où elle a pour objet la réglementation de l'activité libre des personnes privées et des personnes publiques agissant comme telles. Une telle ubiquité a pu justifier la tendance à dénier toute appartenance au droit public à l'activité pour l'État consistant à encadrer les activités privées. Une telle position se fonde sur une définition tronquée du domaine du droit public par rapport à celui du droit privé. Cet appauvrissement découle de plusieurs causes. La première provient de ce que, fort logiquement, la tendance à la réduction du droit administratif au seul droit du service public, si elle a entraîné une éclipse relative de l'étude de la notion de police en droit public, reporte une telle carence sur les auteurs de droit privé dans leur considération d'ensemble du droit administratif<sup>1435</sup>. La seconde raison de cet appauvrissement provient des difficultés à délimiter une frontière réellement stable entre les domaines du droit public et du droit privé. Dans le cadre de cette opération délicate et controversée, que la délimitation retenue soit large ou restrictive, le domaine de la police se voit relégué par défaut au droit privé. Une telle relégation se déduit assez naturellement d'une conception très limitée de la séparation entre droit public et droit privé. Ainsi, sous couvert d'une « défense du droit privé », le professeur Henri Mazeaud posait comme hypothèse de départ la délimitation suivante entre les domaines respectifs du droit privé et du droit public : « le droit privé règle les rapports des individus entre eux ; le droit public, ceux des individus avec l'État »<sup>1436</sup>. De cette définition, cet auteur en déduit qu'une réglementation impérative de l'activité des particuliers ne peut que relever du droit privé<sup>1437</sup>, ce qui a pu notamment justifier que les aspects

constat similaire, voir également PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 424-425.

1431 BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 18 et ss.

1432 BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 211-213.

1433 WEIDENFELD Katia, *Histoire du droit administratif*, Economica, 2010.

1434 Cet oubli n'est cependant pas total chez les publicistes : voir *supra*.

1435 Pour une illustration flagrante, auprès d'un auteur classique en droit privé, voir ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, rééd., Dalloz, 2005, p. 293 : « On étudie sous le nom de droit constitutionnel les règles concernant l'organisation de la puissance publique dans ses éléments les plus élevés (...) ; et sous le nom de droit administratif, les règles relatives aux différents services publics, c'est à dire les rapports qui s'établissent entre les organes moins élevés de la puissance publique, et l'ensemble des sujets ou administrés ».

1436 MAZEAUD Henri, « Défense du droit privé », *Rec. Dalloz*, 1946, Chronique, V, p. 17. Pour une conception comparable, voir TOURARD Hélène, *L'internationalisation des constitutions nationales*, thèse, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 96, 2000, p. 5.

1437 MAZEAUD Henri, *op. cit.*, pp. 17-18 : « En quoi, édicter dans une matière une réglementation impérative, est-ce

internationaux de la notion de police, en droit français, n'aient été étudiés que sous l'angle du droit international privé et non du droit public<sup>1438</sup>. Or, une telle définition n'est pas rare. De manière plus surprenante, une telle relégation a pu également être effectuée par l'interprétation d'une définition plus compréhensive de la séparation entre droit public et droit privé. Ainsi, la définition proposée par le professeur Jean-Michel Olivier, dans sa thèse consacrée aux sources administratives du droit privé, apparaît-elle *a priori* comme classique<sup>1439</sup> et large : « ramenée à ses grandes lignes, la distinction du droit public et du droit privé est, on le sait, traditionnellement formulée comme suit : le droit public régit l'organisation de l'État et des collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les particuliers ; le droit privé régit les rapports des particuliers entre eux »<sup>1440</sup>. Mais après une critique de cette définition classique, il en propose une interprétation corrective, en proposant d'établir le point de départ entre les deux catégories du droit « par le sujet de droit ou, plus précisément, par la qualité dans laquelle il agit »<sup>1441</sup>. Il en déduit alors qu'« est ainsi, selon nous, règle de droit privé toute norme qui saisit un individu dans sa vie privée, son activité privée ou dans les relations qu'il entretient avec un autre particulier ; toute norme qui régit ce qu'on peut appeler les droits privés des particuliers. Relèvent au contraire du droit public toutes les normes qui décrivent les structures et règlent les compétences des personnes publiques administratives, collectivités ou établissements publics, qui organisent leurs services et régissent leurs relations avec leurs agents. Relèvent encore certainement du droit public les règles définissant les pouvoirs et les prérogatives dont disposent l'État et les autres personnes publiques à l'encontre des particuliers »<sup>1442</sup>. Cet auteur privatiste peut alors en déduire qu'une police administrative spéciale aussi anciennement établie en tant que telle que ne l'est le droit de l'urbanisme constitue des « règles de droit privé »<sup>1443</sup>.

Cette première cause, résidant dans un oubli sélectif des fonctions concrètes de l'État, ne fait pour autant pas disparaître la nécessité d'analyser et de décrire les phénomènes d'encadrement par l'État des activités des particuliers. D'où une tendance des auteurs à tenter de compenser ce qu'ils estiment être un vide en mettant en avant de « nouvelles » notions, comme celle de « contrôle »<sup>1444</sup>, d'« ordre public économique »<sup>1445</sup> ou, plus proche de nous, de « régulation ».

Incidentement, cette surdétermination du droit administratif par la notion de service public a eu

faire de cette matière une matière de droit public ? Il s'agissait de relations entre particuliers, relations que les intéressés pouvaient régler à leur guise. Aujourd'hui, ces relations sont définies selon des règles qui sont imposées aux parties. Mais les parties n'ont pas disparu pour autant. (...) Où est le droit public dans tout cela ? Même si le législateur impose à un particulier de passer un contrat avec une autre personne, il ne fait que rendre obligatoires des rapports entre particuliers, édicter des obligations légales, faussement alors qualifiées contractuelles, mais la question reste de droit privé ».

1438 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2. Le succès d'une telle conception a pu justifier que l'étude de la réglementation de l'activité internationale des personnes privées n'ait été conduite à titre prédominant que sous l'approche du droit international privé, alors qu'elle relève de ce qu'il faut bien se résoudre à appeler de la police administrative internationale.

1439 A peu de choses près, elle reprend en effet celle établie par Charles Eisenmann dans son article « Droit public et droit privé », *RDP*, 1952, p. 964.

1440 OLIVIER Jean-Michel, *Les sources administratives du droit privé*, tome I, thèse, Paris II, 1981, p. 72.

1441 OLIVIER Jean-Michel, *op. cit.*, p. 85.

1442 OLIVIER Jean-Michel, *op. cit.*, pp. 85-86.

1443 OLIVIER Jean-Michel, *op. cit.*, p. 87 : « dans la mesure, en effet, où ces diverses législations viennent régir l'activité privée, limiter ou supprimer certains droits « privés » des particuliers, soit en mettant en échec le droit de ne pas aliéner ou celui d'aliéner un bien à qui l'on veut, soit en soumettant à autorisation le droit de construire, elles sont règles de droit privé ».

1444 DEMICHEL André, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome XXIX, 1960.

1445 FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome XXXIV, 1963.

pour conséquence de faire voir un vide, à combler avec une notion nouvelle comme la régulation, lorsqu'a commencé le processus, improprement nommé, de privatisation ou de déréglementation à la fin des années 1970. En effet, la fin de l'intervention privilégiée de l'État par le mode de la prestation, organisée en monopole, aurait pu conduire à redécouvrir cette modalité classique d'intervention, policière, qui est l'encadrement et non la substitution de la liberté<sup>1446</sup>. Le professeur Jacques Chevallier décrit ainsi le passage, à partir de la fin des années 1970, « de l'État opérateur à l'État régulateur »<sup>1447</sup>. Or, ce phénomène de déréglementation ou de privatisation est bien mal nommé car il ne conduit pas à un désinvestissement de l'État dans l'encadrement des activités des particuliers, seulement à une diminution de son rôle. Après l'âge d'or du service public, ce processus aurait du être caractérisé comme un nouvel âge d'or de la police administrative ou plutôt des polices administratives spéciales car il s'analyse en un déclin de la fonction de prestation de l'État, reportée sur un encadrement de l'activité des particuliers. Il y a alors passage d'une liberté confisquée par l'État pour la réalisation de certaines activités autrefois considérées comme devant être organisées en service public et/ou en monopole, à une liberté encadrée par l'État, dans le cadre de la police<sup>1448</sup>.

La seconde raison, plus conjoncturelle, à cette concurrence de la notion de police en droit public par celle de régulation est que l'incommunicabilité relative de cette première notion s'est heurtée à la demande de clarification conceptuelle en la matière lorsqu'il a été question en France, autour des années 1980, d'appliquer une politique de déréglementation. Un tel processus d'explication et d'explicitation des enjeux et des fonctions de la notion de police administrative a été effectué trop tardivement par rapport au phénomène même de déréglementation, traduisant lui même une internationalisation et une complexification du droit. A notre sens, il semble alors s'être produit une fracture entre d'une part les analyses particulièrement complètes et précises des professeurs Picard<sup>1449</sup> et Maillard Desgrées du Lou<sup>1450</sup> des applications de la notion de police en droit public et, d'autre part, les analyses de la doctrine de l'époque relatives aux évolutions du droit positif. En effet, une diffusion plus large des analyses des deux auteurs susvisés aurait très vraisemblablement permis d'intégrer les nouveautés plus apparentes que réelles du concept de police administrative dans le giron de leurs théories générales. Au lieu de cela, ces nouveautés ont été regroupées sous le concept de régulation et, en pratique, disjointes de la notion de police administrative. Ces novations attribuées à tort à la régulation ne sont en fait que les formes modernisées de la police, que « la régulation n'en est qu'une forme renouvelée, une déclinaison »<sup>1451</sup>.

Pour cette raison, la régulation ne peut être considérée, pour reprendre les critères formulés par

1446 Nous employons le terme de substitution pour décrire les relations entre service public et liberté seulement pour faire ressortir la différence entre cette notion et la police administrative. Les relations entre service public et liberté sont bien plus complexes et riches que cela, comme l'illustre l'ouvrage suivant : BOYER-CAPELLE Camille, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Limoges, 2009.

1447 CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008, p. 59.

1448 CHEVALLIER Jacques, *op. cit.*, p. 62 : « La régulation se distingue des modes classique d'intervention de l'État dans l'économie : elle consiste à superviser le jeu économique, en établissant certaines règles et en intervenant de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble ; par la régulation, l'État ne se pose donc plus en acteur mais en arbitre du jeu économique, en se bornant à encadrer le jeu des opérateurs et en s'efforçant d'harmoniser leurs actions ».

1449 PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, 2 volumes, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXLVI, 1984.

1450 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *Police générale, polices spéciales (Recherche sur la spécificité des polices générale et spéciale)*, 2 volumes, thèse, Rennes, 1988.

1451 ISIDORO Cécile, *op. cit.*, p. 421.

Roger Latournerie, comme une « notion de qualité » à raison de son effet de « perturbation » du corpus juridique, aboutissant à un clivage entre la fonction de régulation et les libertés<sup>1452</sup>.

## §2 – La nécessité corrélative d'une évolution de la notion de police administrative spéciale

Cette évolution passe par la reconnaissance du prolongement en droit privé (A) et en droit international (B) de la fonction stabilisée sous le terme de police administrative spéciale en droit public interne.

### *A/ La privatisation de la notion de police administrative spéciale*

Il existe une difficulté *a priori* à cataloguer le droit des données personnelles comme une police administrative spéciale, qui trouve son origine dans la très importante variété des procédés que son régime recèle, dont certains n'empruntent que pour partie et, de moins en moins, aux procédés classiquement attribués aux polices administratives spéciales. L'échec *a priori* de l'emploi d'une définition classique de la notion de police administrative spéciale devrait alors logiquement conduire à préférer l'emploi du terme de régulation, bien plus plastique, pour désigner le droit des données personnelles comme un procédé d'encadrement de la liberté éponyme tant par des procédés de droit public que de droit privé, tant par des procédés de droit dur que de droit souple.

En effet, à cet égard, un des intérêts essentiels de l'emploi du terme de régulation est de permettre de désigner l'action de l'État comme un *continuum*<sup>1453</sup>. Or, en l'état de ce que l'on entend par la notion de police administrative spéciale, le *continuum* de l'action des pouvoirs publics à l'égard de l'encadrement de la liberté de traitement de données personnelles semble brisé entre des procédés ressortant au droit public, au droit privé et au droit souple.

Le recours à la notion de police au sens moderne<sup>1454</sup> permet tout aussi bien de rétablir une telle continuité et, partant, une lisibilité de l'action de l'État à l'égard de l'encadrement des traitements de données personnelles.

1452 LATOURNERIE Roger, « Sur un Lazare juridique, Bulletin de santé de la notion de service public, Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *E.D.C.E.*, 1960, p. 61 : « La vertu d'une notion de qualité ne s'épuise pas en effet dans sa propriété d'identifier les situations auxquelles elle s'applique et, par là-même, de leur appliquer les règles qui leur correspondent ; une telle notion doit en outre s'insérer sans effort et logiquement au sein du *corpus* juridique, c'est-à-dire apporter à celui-ci non un élément de perturbation, mais, bien au contraire, une contribution à son harmonie. Elle doit par là même être dotée d'une aptitude explicative et même justificative ».

1453 ISIDORO Cécile, *op. cit.*, p. 421 : « L'apport essentiel de la notion de régulation, par rapport aux notions traditionnelles du droit administratif français telles que la tutelle, la réglementation ou le droit de la concurrence, est de concevoir les différents registres de l'intervention publique comme un *continuum*. Il y a de la réglementation dans la régulation, de la tutelle aussi lorsque les opérateurs historiques continuent à être sous le contrôle direct ou indirect de l'État, du droit de la concurrence (...). La régulation n'est pas un « jardin à la française ». Le droit communautaire retient d'ailleurs une approche fonctionnelle et non organique de la régulation ».

1454 Une telle continuité est déjà naturelle dans l'acception traditionnelle de la Police, telle qu'elle est par exemple utilisée par Nicolas Delamare et ses contemporains. Voir LEGENDRE Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, p. 246 : « Dans ce sens global, son sens originnaire, la Police englobe tout, le Droit privé ou public ».

Le *continuum* entre les procédés de police administrative et leurs prolongements en droit privé s'expriment à travers les termes employés par un certain nombre d'auteurs privatistes pour expliquer les spécificités de leurs domaines d'études, très majoritairement mais non exclusivement en droit de l'état civil, des sûretés et en droit de la consommation. En effet, certains auteurs évoquent, pour caractériser tout ou partie de leur champ d'étude, le terme de « police civile » ou d'expressions approchantes. L'emploi de cet expression n'est pas anodin, et désigne d'une façon ou d'une autre un prolongement de la notion de police administrative spéciale en droit privé.

Si rares sont les écrits d'auteurs privatistes sur les sources administratives du droit civil<sup>1455</sup>, parmi eux l'on compte Jean Carbonnier qui a formulé notamment deux hypothèses. La première est qu'il existerait un droit administratif asservi au droit civil, un droit administratif civil : « Il y a d'abord droit administratif du droit civil (droit administratif civil, si l'on veut), quand des institutions du droit administratif, sans rien perdre de leur nature, sont mises occasionnellement au service d'institutions du droit civil »<sup>1456</sup>. En suivant son idée, il serait alors possible de poser l'hypothèse selon laquelle il existerait des polices administratives spéciales employées en droit privé, sans pour autant apparaître comme telles. Cette hypothèse se confirme dans certains domaines du droit privé où le terme de police se trouve employé de manière constante sans pour autant être expliqué. La seconde est qu'il existerait un droit administratif « autochtone »<sup>1457</sup> secrété par les institutions de droit privé, un droit civil administratif. Dans ce cas là, une police civile administrative ne serait que le prolongement de la réglementation de droit privé<sup>1458</sup>, c'est à dire la réglementation *a priori* ou *a posteriori* de la liberté d'une personne privée sur le fondement de la protection d'un ordre privé. Jean Carbonnier donne l'exemple d'institutions judiciaires édictant des mesures de police. Mais ces mesures sont de police administrative et non civile car elles visent à protéger un ordre public et non un ordre privé. Sont au contraire à considérer comme des institutions disciplinaires privées la discipline des libertés exercées dans l'entreprise et la copropriété<sup>1459</sup>. Seule la première de ces hypothèses sera développée ci-après.

La confrontation de certains domaines du droit privé avec le concept de police administrative spéciale révèle que l'emploi de l'adjectif « civil » accolé au terme de police, que ce soit en droit de l'état civil, des sûretés ou de la consommation ne se justifie par pour les mêmes raisons. Dans un premier cas, cet adjectif sert davantage à désigner le milieu d'évolution d'une police administrative spéciale classique, son biotope pour ainsi dire. Essentiellement en droit de l'état civil et des sûretés et pour partie en droit de la consommation, cet adjectif sert ainsi à désigner une police

1455 Mais lorsque certains l'ont fait, la démarche a été systématique : voir OLIVIER Jean-Michel, *Les sources administratives du droit privé*, deux volumes, thèse, Paris II, 1981.

1456 CARBONNIER Jean, « Le droit administratif du droit civil », *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, pp.758-759.

1457 CARBONNIER Jean, *op. cit.*, p. 761.

1458 Sur cette question, voir de manière générale NEAU-LEDUC Philippe, *La réglementation de droit privé*, thèse, Litec, 1998.

1459 Dans ce cas, l'expression de « police civile » sert à désigner un mécanisme disciplinaire servant à assurer la cohésion d'un ordre non pas public mais privé. L'exemple à notre sens le plus parlant serait à cet égard l'ordre privé d'une entreprise, dont le respect est assuré par le pouvoir disciplinaire de l'employeur, qui sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail, peut apporter des restrictions aux libertés individuelles et collectives de ses salariés pour peu qu'elles soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. On peut alors légitimement, en faisant un parallèle avec la notion de police administrative spéciale, qualifier ce texte de police civile spéciale dans la mesure où il constitue une habilitation explicite et législative à la restriction de la liberté au profit d'un ordre privé. Avec un sens similaire, l'expression et la réalité se retrouve en droit de la copropriété : voir ATIAS Christian, « Les actions en justice à fin de police civile dans les groupements de propriétaires », *Rec. Dalloz*, 2000, n° 29, pp. 447-449.

administrative simplement acclimatée en droit civil car partageant avec ses homologues en droit public aussi bien les procédés que les finalités, soit une police administrative civile (1).

Dans un deuxième cas, l'emploi de cet adjectif sert davantage à désigner un procédé contractuel de réalisation d'une fonction de police administrative spéciale. Il ne s'agit alors pas de déléguer une fonction de police par contrat, mais d'injecter directement dans le contrat des procédés policiers. Il n'y a pas, comme dans le premier cas, réglementation d'une liberté publique attribuée arbitrairement au domaine du droit privé plutôt qu'au droit public. Il y a réglementation de la liberté à la base même du droit privé : la liberté contractuelle. C'est en ce sens qu'il faut entendre cette tendance à la « publicisation du droit privé » au sortir de la seconde guerre mondiale : la soumission de la liberté contractuelle, liberté publique comme une autre, à un régime l'aménageant et la rendant compatible avec d'autres intérêts nécessaires à la vie en société. Cette police civile administrative ne se distingue alors d'une police administrative spéciale classique que par l'intensité des restrictions préalables à une liberté, pour une fonction et des procédés en tous points similaires (2).

La notion de police administrative spéciale, que ce soit par l'exemple des polices administratives acclimatées en droit privé ou des polices de la liberté contractuelle, apparaît par conséquent assez peu affectée par la séparation entre droit public et droit privé.

La mise en évidence de cette « privatisation » de la notion de police administrative spéciale, quelles qu'en soient les modalités -polices administratives acclimatées en droit privé ou polices de la liberté contractuelle- justifie alors la mise au jour d'une échelle de policarité, qui permet de rattacher l'ensemble des dispositions du droit des données personnelles, quel que soit leur degré d'impérativité, à la notion de police et non à celle de régulation (3).

### **1) Les polices administratives civiles par acclimatation**

L'une des dynamiques traversant et charpentant actuellement le droit des données personnelles est sa privatisation. Or, le concept de police administrative spéciale n'est pas forcément familier aux auteurs privatistes, quand bien même certains en auraient fait le terrain de leurs analyses, sans le savoir. Dans cette optique, une mise au point paraît nécessaire en vue de permettre une appréhension réellement interdisciplinaire du sujet, ce qui implique de développer ponctuellement deux points n'ayant qu'un rapport indirect avec le présent sujet<sup>1460</sup>.

Certaines polices administratives spéciales apparaissent comme purement et simplement transplantées de leur habitat *a priori* naturel qu'est le droit public dans un environnement de droit privé. De tels exemples de polices administratives civiles par acclimatation, de par la simplicité du procédé, se retrouvent tant dans des matières assez anciennes du droit privé comme l'état civil (a) et sous une forme classique, que dans des matières plus récentes et sous une forme postmoderne comme le droit de la consommation (b).

1460 En plus de cet intérêt, l'accent mis immédiatement *infra* sur les développements relatifs à l'état civil et au droit de la consommation permet d'introduire à certains des intérêts protégés par le droit de la protection des données personnelles et le droit des données personnelles, dont il sera fait état *infra* dans la deuxième partie, comme l'identité de la personne d'une part (Deuxième partie, titre 1, chapitre 1 et 2) et la protection du consommateur (Deuxième partie, titre 2, chapitre 2).

## a) Les polices administratives civiles classiques : l'exemple de l'état civil

Le domaine du droit de l'état civil est le premier dans lequel est employé, depuis un demi-siècle dans la doctrine privatiste, l'expression d' « institution de police civile » pour désigner les éléments contraignants de la législation sur le nom de famille. Pour ces domaines du droit privé dont l'origine remonte *a minima* au XIX<sup>ème</sup> siècle, il n'est pas le seul car on retrouve cette expression et ce procédé notamment en matière de publicité foncière<sup>1461</sup>. Mais c'est dans cette matière que l'expression de « police civile » est la plus employée en doctrine. Ainsi, de manière *a priori* contre intuitive, l'obligation de porter un patronyme ainsi que son immutabilité<sup>1462</sup> de principe sont parfois présentées dans les ouvrages privatistes de droit des personnes non pas uniquement comme un attribut ou un droit de la personnalité<sup>1463</sup>, mais aussi comme une « institution de police civile »<sup>1464</sup> ou un « instrument de police »<sup>1465</sup>. De l'emploi fréquent d'une telle expression, peut-on déduire l'existence d'une police administrative spéciale ? L'examen de la matière impose une réponse positive car la matière du droit de l'état civil a pour objet une liberté, celle de définir son identité personnelle ou celle de ses enfants et pour fondement un ordre public spécial, c'est à dire un équilibre entre cette liberté et d'autres intérêts préexistants comme l'intérêt supérieur de l'enfant ; en outre cette conciliation prend la forme de mesures d'encadrement préventif de cette liberté, c'est à dire d'un régime de police administrative spéciale.

Premièrement, la liberté en cause en l'espèce est celle de se nommer, d'avoir une part déterminante dans la définition de son identité et/ou de ses enfants. Une telle liberté présente une fonction d'épanouissement personnel dont le régime tend, sous l'influence de la jurisprudence

1461 La liberté de circulations des biens que Jean Carbonnier définit comme une liberté publique impliquée par l'article 544 du Code civil (CARBONNIER Jean, *Droit civil – Les biens*, 19<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000, p. 192), a fait l'objet depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle d'un encadrement préventif en la forme d'une obligation déclarative connue sous le nom de publicité foncière. Cette institution a pour fonction de « renseigner les tiers et l'administration, constituant une espèce d'état civil des immeubles » (AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Les sûretés – La publicité foncière*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2013, p. 305.) Cet encadrement est explicitement qualifié de « police civile » en doctrine : SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009, p. 734 ; DAGOT Michel et FREMONT Paul, « Fasc. 30 : Publicité foncière – Généralités », *Jurisclassseur Civil Annexes*, 2005, §17 ; DAGOT Michel et FREMONT Paul, « Fasc. 40: Publicité foncière – Fonctionnement. Conditions. Dépôt. Formalités », *Jurisclassseur Civil Annexes*, 2010, § 117. Pour une perspective plus élargie, voir OLIVIER Jean-Michel, « Les sources administratives du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Association Henri Capitant, Tome I, Lille, 1996, p. 122 et, du même auteur, dans une perspective plus systématique, *Les sources administratives du droit privé*, volume 1, thèse, Paris II, 1981, p. 120 et ss.

1462 Ou, à tout le moins, sa relative stabilité : voir *infra*.

1463 PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1946, p. 211.

1464 Le nom est ainsi considéré de manière très fréquente, et ce depuis un demi-siècle en doctrine, comme une « institution de police civile », depuis sa formulation dans PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1946, p. 211 : « Le nom forme-t-il l'objet d'un droit de propriété ? (...). Ce serait d'ailleurs une singulière propriété que celle du nom, car il est pour la personne qui le porte une obligation en même temps qu'un droit. Le nom est une institution de police civile ; il est la forme obligatoire de la désignation des personnes : mais il constitue aussi un droit de la personnalité, l'intéressé ayant le droit d'user de son nom et de défendre à une autre personne d'en user dans certaines conditions ». Pour une reprise de l'expression, voir notamment, de manière non exhaustive : NÉRAC Philippe, *La protection du nom patronymique en droit civil*, thèse, PUF, 1980, p. 14 ; LEROYER Anne-Marie, « La notion d'état des personnes », in *Rupture, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 248 ; TEYSSIE Bernard, *Droit civil – Les personnes*, 12<sup>ème</sup> édition, Litec, 2010, p. 143 et ss.

1465 MOINE Isabelle, *Les choses hors-commerce*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 271, 1997, p. 357.

de la CEDH<sup>1466</sup>, vers la liberté<sup>1467</sup>. Cette aspiration constante à la liberté se traduit en ce que l' « état civil devenu porteur d'identité, voire d'affects, intéresse les individus aussi bien que l'État. Cette évolution se traduit par une détermination plus libre, par les individus, de leurs éléments identitaires et, partant, par des entorses aux deux principes traditionnels composant le régime de l'état des personnes »<sup>1468</sup>. Concrètement, cette liberté a à titre principal pour contenu celle de définir son identité propre en fonction de son évolution et de ses choix personnels. Une telle liberté s'exerce ainsi par exemple lorsque l'on souhaite changer son nom de famille pour des raisons personnelles qui peuvent être la volonté de relever le nom d'un aïeul, la francisation d'un nom étranger ou d'éviter de porter un patronyme ridicule ou en cas de changement de sexe. De manière accessoire, elle englobe la liberté – exercée conjointement par les deux parents - de donner un nom et un prénom de son choix à ses enfants.

Deuxièmement, l'ordre public spécial en cause constitue un équilibre entre d'une part l'exercice le plus large possible de cette liberté de se nommer et un intérêt nécessaire à la vie en société, au premier rang desquels se trouve celui de la stabilité de l'identité des personnes à l'état civil<sup>1469</sup>.

La tension entre ces deux intérêts est une constante et innerve littéralement ce domaine du droit des personnes. En effet, chez les auteurs de droit privé, la question de la définition de l'identité de la personne est tiraillée entre la question de la part de ce qui, dans le processus de construction de l'identité personnelle, est imposé par l'État et la part de ce qui est construit par la personne elle-même. Les formulations varient mais l'équation reste la même. Ainsi, le professeur Judith Rochfeld évoque pour désigner ces deux temps, d'une part « l'identification stable : l'état de la personne » et, d'autre part, « l'identité choisie : le droit à l'épanouissement personnel »<sup>1470</sup>. Ces deux temps de l'identification de la personne ne font que redoubler la définition mise au jour par Paul Ricoeur sur l'identité comme « mêmeté » et comme « ipsité »<sup>1471</sup>. Adoptant une formulation différente seulement dans la forme mais peut être plus éclairante, le professeur Anne-Marie Leroyer, résume ainsi cette tension qui parcourt le régime juridique du nom : « Une première conception de l'état des personnes, publiciste, fait de l'état un instrument de gouvernement excluant toute idée de liberté. Une seconde conception, individualiste, considère à l'inverse l'état comme une affaire privée. Le droit positif oscille entre ces deux tendances »<sup>1472</sup>.

1466 Voir notamment CEDH 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, qui reconnaît comme composante de l'article 8 de la CESDH le droit à l'épanouissement personnel, qui implique en l'espèce l'obligation pour l'Etat de modifier l'état civil d'un transsexuel en vue d'apporter son soutien à la construction personnelle de son identité. Tel est également le cas à l'égard du changement de nom, dont la CEDH a admis que la difficulté à s'intégrer en société, et donc à réaliser son épanouissement personnel, à raison de son nom, impliquait la possibilité d'en changer à l'état civil au nom du même article 8 : voir CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*. De manière générale, sur la question du droit à l'épanouissement personnel, voir *infra*, deuxième partie, titre 1.

1467 Sur l'idée de liberté en matière de construction de la liberté de définir son identité, voir de manière générale : LEROYER Anne-Marie, « La notion d'état des personnes », in *Rupture, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 248 ; ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 44 et ss.. De manière plus approfondie, voir GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 327, 2000, dont c'est justement l'axe essentiel que de démontrer le poids -et les limites- qu'a pu progressivement acquérir la personne humaine dans la détermination de sa propre identité dans l'optique de son épanouissement personnel, optique qui « aurait sans doute paru étrange à n'importe quel civiliste du début du siècle précédent, enclin à ne voir dans le Code civil de 1804 qu'une totale indifférence à la personne concrète et aux sentiments » (p. 16).

1468 ROCHFELD Judith, *op. cit.*, pp. 46-47.

1469 Cet intérêt est pris en compte de manière prédominante mais il ne constitue pas le seul : l'intérêt de l'enfant justifie à cet égard également un encadrement de la liberté de donner une identité à un nouveau-né.

1470 ROCHFELD Judith, *op. cit.*, respectivement p. 39 et p. 42.

1471 Voir *infra*, deuxième partie, titre 1.

1472 LEROYER Anne-Marie, *op. cit.*, p. 254.

Cette tension est inévitable car, à l'aspiration naturelle et légitime de tout un chacun à définir, dans un système libéral, sa propre identité ainsi que celle, dans une certaine mesure, de ses enfants, s'oppose l'intérêt impérieux pour la société d'une stabilité de l'état civil et, par là même, des conditions élémentaires d'une première forme de sécurité juridique. Cet intérêt ne se perçoit véritablement qu'après un détour rapide par l'histoire et la science politique. En effet, dans le cadre de cette société française à la charnière du Moyen-Age et de la Renaissance, une des conséquences pratiques du libéralisme apparaît comme « la formidable extension de contrôle, de contrainte, de coercition qui vont constituer comme la contrepartie et le contrepoids des libertés »<sup>1473</sup>. Afin d'instaurer une telle sécurité autrefois garantie par la proximité physique, des mesures de police sont adoptées qui, pour compenser la fin de ces frontières intérieures qu'étaient les murailles des cités, mettent en œuvre les premiers traitements d'informations nominatives : les premiers fichiers et documents d'identité de l'époque moderne. Ainsi, « l'identification des personnes peut d'abord être considérée comme une condition de fonctionnement pour la police »<sup>1474</sup>. L'immutabilité du patronyme, définitivement fixée en droit français par la décret du 6 fructidor an II<sup>1475</sup>, sert ainsi une finalité collective d'immatriculation de la personne humaine.

Cette finalité d'immatriculation de la personne humaine au travers de l'assignement d'un patronyme sinon immuable, du moins stable, trouve son origine « dans un but de bonne administration, de bonne police – le mot étant pris dans son sens large. Il est de bonne police que chaque individu ait un nom, pour que l'administration puisse lui faire accomplir son devoir militaire, fiscal, ses obligations à l'égard de ses concitoyens »<sup>1476</sup>. Cette ambivalence du patronyme, à la fois expression de la singularité de la personne humaine, mais aussi assignation à un matricule dans un but d'utilité publique, illustre de manière particulièrement éclairante l'ambiguïté fondamentale de la notion d'individu, qui apparaît certes « sans doute [comme] l'atome fictif d'une représentation « idéologique » de la société; mais [qui] est aussi une réalité fabriquée par cette technologie spécifique de pouvoir que l'on appelle « discipline » »<sup>1477</sup>. Cette représentation d'un individu, qui plus est libre, est produite par le libéralisme qui utilise pour ce faire des procédés de police.

L'intérêt de ce procédé tient au rôle probatoire de l'état civil. En effet, d'une part, « les actes de l'état civil constituent en principe le seul mode de preuve admissible de l'état des personnes » et, d'autre part, « un individu qui ne pourrait aujourd'hui justifier de son état civil – son nom, ses prénoms, profession et domicile, contenu minimal des actes de l'état civil- ne pourrait exercer ses droits dont il est titulaire (...). Il ne saurait davantage exiger des tiers le respect de ses prérogatives car, sans justifier de son état civil, il ne pourrait exercer d'actions en justice pour les défendre »<sup>1478</sup>. Pour le dire de manière imagée, l'état civil « est ce qui permet à l'homme d'exister sur la scène du droit. Usant de la métaphore, on peut comparer son rôle à celui d'un corset, non pas composé de soie et de baleines mais d'éléments d'ordre juridique, qui enserre notre existence biologique, dessinant ainsi la personne-sujet de droit à partir de sa matérialité corporelle. Il consacre

1473 FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil, 2004, p. 68.

1474 ABOUT Ilsen et DENIS Vincent, *op. cit.*, p. 37. De manière générale, sur l'apparition de ces premiers fichiers en France, voir *supra*, Titre 1, Chapitre 1.

1475 Sous l'ancien régime, deux actes avaient déjà tenté d'atteindre, sans grand succès, ce résultat : l'ordonnance royale rendue par Henri II à Amboise le 26 mars 1555, ainsi que l'article 211 de l'ordonnance de 1629, dit Code Michaud.

1476 MAZEAUD Henri, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, Tome 1, 6<sup>ème</sup> édition, 1981, p. 613.

1477 FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2007, p. 227.

1478 BRUGGEMAN Maryline, « Le rôle de l'état civil », in NEIRINCK Claire (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Droit et société, n° 47, LGDJ, 2008, p. 25.

l'arrimage et la dualité « être de chair/sujet de droit », de la naissance à la mort »<sup>1479</sup>. Cet aspect probatoire intéresse certes l'individu, pour l'exercice et la défense des droits dont il est titulaire, mais elle intéresse également au premier chef l'État, dans l'ensemble de ses relations, d'autorité ou de prestation par exemple, qu'il peut avoir avec la personne humaine<sup>1480</sup>.

Ce processus d'immatriculation se combine dans une certaine mesure avec le respect de la singularité de la personne. Cette combinaison implique que la personne se voit reconnaître un droit subjectif sur son patronyme afin de préserver son identité et sa dignité. En effet, la logique seule d'immatriculation a pu conduire, avec l'exemple des camps de concentration durant la seconde guerre mondiale, à une dépossession des internés de leur identité et de leur dignité<sup>1481</sup>. Dans le même ordre d'idée, elle pourrait conduire à un changement unilatéral par l'administration du matricule de la personne<sup>1482</sup>. Dans un cas comme dans un autre, la raison d'être de cet ordre public spécial, c'est à dire de la recherche d'un équilibre entre la liberté d'épanouissement personnel et l'immatriculation de la personne est, de manière positive, de garantir la dignité de la personne humaine en le prémunissant contre la réification issue de l'immatriculation et, de manière négative, de prévenir la mise en place d'un état totalitaire<sup>1483</sup>.

Troisièmement, la protection de cette liberté est assurée par un procédé de police. Dans les termes employés, l'état civil a pu certes être conçu par certains auteurs comme Jean Carbonnier comme un service public, un « « service public judiciaire, rattaché au service public de justice »<sup>1484</sup>. Mais même son promoteur ne défend une telle qualification qu'après une certaine hésitation<sup>1485</sup> et une telle acception demeure plutôt minoritaire, l'essentiel des auteurs privatistes choisissant soit de ne pas utiliser de terme de droit public pour désigner l'état civil ou ses composantes, soit choisissent expressément le terme de police. Tel est notamment le cas du professeur Rochfeld, pour qui « la matière est (...) dominée par l'idée qu'une identité juridique est imposée à l'individu par le droit, pour servir l'intérêt public : chacun est identifié en tant que personne juridique sur le

1479 NEIRINCK Claire, « Les caractères de l'état civil », in NEIRINCK Claire (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Droit et société, n° 47, LGDJ, 2008, p. 41.

1480 Voir *supra*, titre 1, chapitre 1 pour la question du phénomène de « l'âge d'or des registres » dans l'histoire française.

1481 MAZEAUD Henri, Léon et Jean, *op. cit.*, p. 613 : « Que faut-il penser de cette théorie qui ne voit dans le nom qu'un numéro matricule et nie l'existence d'un droit au nom ? Il est certain qu'elle ne correspond pas à la réalité. Il nous serait, en effet, indifférent que notre numéro matricule militaire ou de Sécurité sociale soit attribué à un autre ; nous n'avons en rien conscience d'un droit quelconque sur ce numéro, pas plus que sur un numéro que nous attribuerait une fiche de police. Dans les camps de concentration, où l'on cherchait à enlever aux déportés le sentiment de leur personnalité pour les réduire à l'état animal, on les dépouillait de leur nom, remplacé par un numéro. Chacun a conscience d'un droit au nom, parce qu'il a conscience du lien étroit qui unit le nom et la personnalité ».

1482 NÉRAC Philippe, *La protection du nom patronymique en droit civil*, thèse, PUF, 1980, p. 14 : « L'analyse du nom en une institution de police civile est indéniablement exacte (...) dans la mesure où elle rend compte des caractères immuable et obligatoire du nom. Mais elle n'en est pas moins excessive et ne correspond pas à toute la réalité. L'aboutissement logique en serait, en effet, l'assimilation entière du nom à tout autre procédé d'identification (par exemple au numéro matricule de la sécurité sociale) et en conséquence, la faculté pour l'autorité publique d'en imposer le changement en dehors de toute demande de l'intéressé ».

1483 Cet ordre public spécial attribué au droit de l'état civil est du reste en partie partagée avec celui défendu par le droit des données personnelles, dont les dispositions relatives à la protection de ces données ont notamment pour objet de prévenir la mise en place d'un tel régime totalitaire. Voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2.

1484 CARBONNIER Jean, *Droit civil – Les personnes*, 21<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000, p. 110.

1485 CARBONNIER Jean, *op. cit.*, pp. 109-110, à propos de l'état civil : « il reste un service public, qui, à première vue, pourrait sembler relever d'une réglementation purement administrative. Il ressortit, pourtant, au droit civil, parce que son activité se manifeste par l'établissement d'actes qui sont essentiellement destinés à produire des effets de droit civil, et parce que les tribunaux civils eux mêmes y participent, par certains de leurs jugements ».

fondement de quelques éléments immuables et imposés, c'est à dire selon une identité stable que le droit nomme « l'état de la personne » et qui a une *fonction de police*, à savoir l'identification de chacun »<sup>1486</sup>.

L'option de la qualification de police plutôt de service public pour désigner l'essentiel du droit de l'état civil se justifie à notre sens par la réglementation de la liberté de définir son identité et celle de son enfant, qui se concrétise par l'existence d'un régime préventif et répressif.

Ce dernier se matérialise tout d'abord par la soumission de la liberté de mettre au monde un enfant au procédé de la déclaration préalable<sup>1487</sup>. Cette dernière, adressée à l'officier d'état civil du lieu de naissance dans les trois jours de l'événement, comporte l'obligation de faire état tant de l'acte de la naissance que de premiers éléments d'identité de l'enfant comme son sexe, ses prénoms et son nom de famille<sup>1488</sup>. La liberté de définir les nom et prénoms de l'enfant est implicitement reconnue aux parents<sup>1489</sup>. Cette liberté ne vaut que pour le choix d'un nom et de prénoms, et non pour l'opportunité même de les donner : si pour une raison ou pour une autre, cette liberté n'est pas exercée par les parents ou la personne qui trouve un nouveau-né, elle est exercée obligatoirement par l'agent de l'état civil à qui est faite la déclaration<sup>1490</sup>.

Une telle procédure de déclaration préalable est alors tout à fait conforme à la finalité classique de cette procédure de police : pouvoir informer la puissance publique sans pour autant apporter d'entrave *a priori* à l'exercice d'une liberté publique. En effet, cette information délivrée à l'état civil permet le déclenchement d'une procédure devant le juge des affaires familiales qui, s'il estime le choix du prénom non conforme notamment à l'intérêt de l'enfant, peut prendre ce qu'il faut bien se résoudre à considérer comme une mesure de police administrative, à savoir la suppression du prénom proposé et l'attribution autoritaire, en l'absence de nouveau choix par les parents qui soit conforme à l'intérêt de l'enfant, d'un prénom qui soit jugé conforme par le juge des affaires

1486 ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 38. Nous soulignons.

1487 Pour saisir intuitivement cette liberté, il suffit de comparer la liberté en la matière en France avec la réglementation stricte qui en est faite en Chine où, dans le cadre de la politique de l'enfant unique, la liberté de mettre au monde un deuxième enfant est soumise matériellement à une autorisation administrative préalable.

1488 Code civil, article 57, al. 1 : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet » et 58, al.1 et 2 : « Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né est tenue d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil du lieu de la découverte. Si elle ne consent pas à se charger de l'enfant, elle doit le remettre, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec lui, à l'officier de l'état civil.

Il est dressé un procès-verbal détaillé qui, outre les indications prévues à l'article 34 du présent code, énonce la date, l'heure, le lieu et les circonstances de la découverte, l'âge apparent et le sexe de l'enfant, toute particularité pouvant contribuer à son identification ainsi que l'autorité ou la personne à laquelle il est confié. Ce procès-verbal est inscrit à sa date sur les registres de l'état civil ».

1489 Code civil, article 57, al.2 : « Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. (...)».

1490 Code civil, article 57, al. 2 : « Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. La femme qui a demandé le secret de son identité lors de l'accouchement peut faire connaître les prénoms qu'elle souhaite voir attribuer à l'enfant. A défaut ou lorsque les parents de celui-ci ne sont pas connus, l'officier de l'état civil choisit trois prénoms dont le dernier tient lieu de nom de famille à l'enfant. L'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis. (...) » ; article 58, al. 3 : « A la suite et séparément de ce procès-verbal, l'officier de l'état civil établit un acte tenant lieu d'acte de naissance. En plus des indications prévues à l'article 34, cet acte énonce le sexe de l'enfant ainsi que les prénoms et nom qui lui sont donnés ; il fixe une date de naissance pouvant correspondre à son âge apparent et désigne comme lieu de naissance la commune où l'enfant a été découvert ».

familiales<sup>1491</sup>.

A ce régime de déclaration préalable, s'ajoute un régime d'autorisation en cas de volonté d'exercice de la liberté de changer de prénom ou de nom. En effet, l'exercice de cette liberté n'est autorisée qu'à la condition de l'existence d'un intérêt légitime, reconnu par le juge des affaires familiales<sup>1492</sup>.

Dans un cas comme un autre, l'autorité de police administrative est constituée à la fois du service communal de l'état civil et du juge des affaires familiales. Lorsque ce dernier refuse le choix d'un prénom pour le nouveau né dans l'intérêt de l'enfant et lui en attribue un qui lui semble davantage conforme, il ne prononce pas une sanction administrative mais met bien en œuvre une mesure de police administrative, dans la mesure où cette mesure restrictive de la liberté de nommer son enfant vise à résoudre préventivement un conflit entre la liberté des parents et l'intérêt futur de l'enfant à avoir une identité -notamment un prénom - socialement acceptable, à tout le moins qui ne constitue pas en soi un obstacle à son insertion sociale.

Cette institution de police civile qu'est l'immutabilité patronymique a donc pour objet de préserver un équilibre entre, d'une part, la liberté des personnes dans leur rapport avec leur identité et, d'autre part, l'intérêt général qui s'attache à une telle immutabilité dans le cadre de la constitution de l'État-nation moderne. Les mesures restrictives de la liberté qui peuvent être adoptées par le juge des affaires familiales ne diffèrent pas fondamentalement dans leur procédé de celles qui peuvent être prises par une autorité de police administrative spéciale, de même que les régimes déclaratifs et d'autorisation préalable ne détonnent pas au regard de ce que l'on peut trouver dans un régime de police en droit public. Pour confirmer l'intuition de Jean Carbonnier, il s'agit alors d'une institution du droit administratif implantée en droit civil et mise sous sa tutelle, d'une police administrative civile. Cette police de l'état civil préfigure ces polices spéciales modernes du droit privé qui ont fleuri en France pour l'essentiel au XX<sup>ème</sup> siècle, telle que la police de la consommation.

#### b) Les polices administratives civiles postmodernes : l'exemple de la police de la consommation

Si le droit de la consommation n'est pas inconnu en droit public à travers son application aux services publics, le droit de la consommation en tant que tel est très rarement qualifié de police administrative spéciale dans la doctrine publiciste<sup>1493</sup>. En revanche, dans la doctrine privatiste,

1491 Code civil, 57, al. 3 et 4 : « Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales. Si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou méconnaît le droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant ».

1492 Code civil, article 60 : « Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou, s'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, à la requête de son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut pareillement être décidée. Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis » ; article 61 : « Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom. La demande de changement de nom peut avoir pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré. Le changement de nom est autorisé par décret ».

1493 A notre connaissance, la seule de ces occurrences est récente : voir RETTERER Stéphane, « Juge administratif et

l'expression de « police de la consommation » est assez répandue, même si son usage semble plus intuitif que méthodique<sup>1494</sup>, et ne tend que très récemment à se voir concurrencé par le terme de « régulation »<sup>1495</sup>. Un tel partage de ces qualifications entre le droit public et le droit privé constitue un bon exemple de l'évolution récente des formes prises par la notion de police administrative spéciale. En effet, le droit français de la consommation constitue un droit considéré comme précurseur, justement à raison de l'extrême diversité des procédés policiers d'encadrement de la liberté du commerce et de l'industrie qu'il met en œuvre. L'accent mis dans le cadre de cette police sur la participation des individus eux-même à leur propre contrôle préfigure les évolutions du droit des données personnelles et justifie que cette police soit qualifiée de postmoderne.

L'instauration d'une police administrative spéciale suppose un préjugement du législateur sur l'efficacité des personnes privées à organiser leurs rapports entre elles, et notamment à défendre efficacement leurs intérêts. L'adoption d'une telle loi de police matérialise donc ce que le législateur pense être un constat d'échec d'une « régulation » fondée sur la liberté et le contrat. Or, c'est précisément le fondement de cette police de la consommation, éclatée en de multiples législations, à l'instar du droit de l'environnement. L'unité de cette police vient de ce qu'elle est dédiée à l'encadrement d'une liberté unique, celle du commerce et de l'industrie<sup>1496</sup>. Sa diversité, qui apparaît notamment au travers de la liste des instruments législatifs qui la fondent, naît de ce que ce n'est pas directement la liberté du commerce et de l'industrie qui est encadrée en tant que liberté de fin, mais seulement des libertés qui la prolongent en tant que libertés de moyens. En effet, le front en apparence uni de cette police de la consommation éclate, à l'examen, en une multitude de régimes policiers encadrant des libertés très spécifiques. Dans une approche éclairante, le professeur Raymond divise à cet égard le droit de la consommation en deux régulations, celle du marché de la consommation et celle des relations contractuelles<sup>1497</sup>. Chacune de ces « régulations » a pour but d'encadrer deux libertés, susceptibles elles-même d'être subdivisées.

Ainsi, d'une part, la régulation du marché de la consommation implique l'encadrement de la liberté de mise sur le marché de produits et de services et la liberté de les commercialiser. La première est soumise à un régime uniforme de police administrative spéciale, quand la seconde se trouve éclatée dans des polices distinctes ayant pour objet respectivement l'encadrement de la

droit de la consommation. Le contrôle des mesures administratives relatives à la conformité des produits et à la sécurité des consommateurs », *AJDA*, 2011, pp. 2047-2054.

1494 BAUDOIN Jean-Louis, « Rapport général », in *La protection des consommateurs*, Travaux Association Henri Capitant, Tome XXIV, 1973, p. 4 : le droit de la consommation est conçu par cet auteur comme « l'ensemble des règles de police générale de commerce » ; SAVY Robert, « La protection des consommateurs en droit français », *RIDC*, vol. 26, n° 3, juillet-septembre 1974, p. 594 : « la police de la consommation est faite de l'ensemble des dispositions législatives ou réglementaires qui restreignent la liberté des producteurs et distributeurs de biens ou services dans le but principal de protéger les intérêts de chaque consommateur » ; FALLON Marc, *Les accidents de la consommation et le droit. La responsabilité du fait des produits en question: droit comparé, droit des conflits de lois avec l'aide de la méthode expérimentale*, thèse, Bruylant, 1982, p. 32. Pour une critique de l'usage d'un tel qualificatif, voir SAUPHANOR Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 326, 2000, p. 4.

1495 RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, p. 35 où l'auteur annonce les trois subdivisions de son ouvrage comme étant la « Régulation du marché de la consommation », la « Régulation des contrats de consommation » et la « Mise en œuvre de la régulation ».

1496 CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, p. 23 : « Les règles du droit de la consommation, spécialement les règles préventives et collectives, imposent des contraintes aux professionnels. Elles dérogent donc au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ».

1497 RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, p. 35.

liberté des pratiques commerciales et notamment des pratiques déloyales, la liberté de la publicité, de la promotion des ventes et de la régulation des procédés de vente.

D'autre part, la régulation des relations contractuelles implique la régulation de la formation du contrat, qui inclut un régime d'information obligatoire du consommateur par le professionnel et un régime d'interdiction des clauses abusives. Elle implique, de manière plus spécifique, un encadrement de la liberté d'emprunter pour les particuliers<sup>1498</sup>.

Par ailleurs, l'unité de ces polices de la consommation se trouve renforcée par l'unité de son objet. Il ne constitue pas, contrairement à une opinion assez répandue, un droit dédié à la protection exclusive du consommateur, dans le cadre d'un hypothétique « ordre public de protection ». En fait, le droit de la consommation n'a même jamais été exclusivement dédié à la protection de la partie faible. Ce biais, apporté par la notion critiquable d'ordre public de protection, est d'ailleurs dépassé par le droit de l'UE. Ce dernier permet de servir de lien entre les différentes facettes de la fonction de police car son objet est tout entier celui de la production de liberté. « C'est au nom de la régulation du marché que la Commissaire européenne avait justifié la directive 2005/29 relative aux pratiques déloyales »<sup>1499</sup>, c'est à dire non pas dans le but de protéger la partie faible mais d'éviter des distorsions de concurrence<sup>1500</sup> et, plus généralement, de garantir l'équilibre du marché<sup>1501</sup>.

La diversité des objets de cette police se caractérise également par celle des procédés policiers en eux-mêmes. A cet égard, l'étude du droit de la consommation révèle qu'il est organisé à la fois comme une police administrative civile et comme une police civile administrative. Dans le premier cas, relatif à la « régulation du marché de la consommation », certaines de ses dispositions préfigurent la version postmoderne du droit des données personnelles telle qu'elle sera après adoption par l'UE de la proposition de règlement de janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>1502</sup> dans la mesure où elle repose à titre essentiel sur un report du

1498 RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, pp. 425-429.

1499 RAYMOND Guy, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats-Concurrence-Consommation*, mars 2008, p. 10.

1500 Sur ces fonctions du droit de la consommation, il n'est pas possible de s'étendre dans les présents développements, cet aspect étant traité de manière exhaustive *infra*, Deuxième partie, titre 2, chapitre 2.

1501 Tel a pu être le cas en doctrine de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, qui permet notamment au juge judiciaire de soulever d'office les manquements aux règles énoncées dans le Code de la consommation. Voir RAYMOND Guy, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats-Concurrence-Consommation*, mars 2008, p. 10, où cet auteur estime qu'avec cette réforme, « la loi ne fait plus du droit de la consommation un ensemble de mesures de protection des parties faibles au contrat. Le droit de la consommation ne constitue pas un ensemble de règles protectrices de personnes incapables mais un droit de la régulation du marché qui relève de l'ordre public économique, donc de l'ordre public de direction si tant est que la distinction entre les deux ordres publics doit être maintenue. Si le juge acquiert le pouvoir de se saisir d'office, ce n'est pas parce qu'il supplée la carence d'un consommateur non initié, non rompu aux affaires, c'est parce qu'il est aussi le garant du respect des lois qui ont pour but de mettre de l'ordre dans les affaires commerciales et de moraliser les relations contractuelles entre les professionnels et les consommateurs. Le droit de la consommation n'est pas une annexe de la partie du Code civil consacrée aux incapacités. Il est une composante du droit des affaires ». Voir du même auteur, pour un point de vue plus complet, RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, p. 34.

1502 Dans le cas relatif à la « régulation des relations contractuelles », certaines des dispositions du droit de la consommation encadrant la liberté contractuelle du professionnel et du consommateur permettent de caractériser un type de police administrative qui se distingue de son modèle originel non par sa finalité, ni

travail du contrôleur sur la personne contrôlée. Cette police de la consommation se caractérise en effet par une obligation d'autocontrôle pour les professionnels et par un contrôle administratif *a posteriori*. Les éléments de police administrative, considérés d'ailleurs parfois explicitement comme tels<sup>1503</sup>, recouvrent d'abord les dispositions relatives à la sécurité énoncées dans les articles L. 221-1 à L. 225-1 du code de la consommation relatives aux obligations de contrôle des professionnels en la matière et, d'autre part, les dispositions figurant aux articles L 218-1 à L 218-7 inclus du même code, et recouvrant des pouvoirs d'enquête et de contrôle des établissements, des produits et des services.

La première de ces obligations est une obligation de conformité basée sur l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui fonde un régime d'auto contrôle, introduit dans le code de la consommation par la loi du 21 juillet 1983, au terme duquel : « Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs. Elle fait peser sur le responsable de la première mise sur le marché d'un produit l'obligation de vérifier sa conformité aux prescriptions en vigueur par des vérifications et contrôles effectués». A cet égard, les dispositions relatives à l'*accountability* dans la proposition de règlement de janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ne présentent aucun caractère de nouveauté.

Dans le droit de la consommation, le respect de cette obligation d'auto-contrôle est assuré par un contrôle administratif *a posteriori* ancien car il date de 1907, date à laquelle le législateur a complété la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 pour créer le service de répression des fraudes, ancêtre de l'actuelle DGCCRF. Les agents de cette administration ont un pouvoir de contrôle sur pièces et sur place, défini aux articles L. 215-1 à L. 215-8 du code de la consommation. Ces agents n'ont pas de pouvoir de répression administrative, seulement d'informer le Parquet des irrégularités qu'ils peuvent découvrir.

Il résulte de ce qui précède que ce que la doctrine privatiste désigne intuitivement par les termes de police civile permet de désigner, dans une première acception, des procédés de police administrative classique ou postmoderne purement et simplement transplantés dans des matières considérées comme de droit privé. Il ne s'agit pourtant là que d'une première étape permettant de relativiser la séparation droit public/droit privé en matière de police et, ainsi, de bâtir une échelle de policarité permettant d'écarter l'emploi du terme de régulation pour désigner la police des données personnelles.

## 2) Les polices administratives civiles par leur procédé

L'argument du recours à des procédés non autoritaires constitue expressément un des arguments essentiels pour dénier à certains domaines juridiques la qualification de police<sup>1504</sup>. Mais

même par ses procédés mais par l'intensité des restrictions qu'il apporte à la liberté contractuelle.

1503 Code de la consommation, Dalloz, 2011, Commentaire de l'économie générale des dispositions du titre deuxième consacré à la sécurité, p. 368 : « L'objectif est avant tout préventif : l'obligation générale de finalité a pour finalité de prévenir les risques exposés par les produits ou les services. Il s'agit essentiellement d'un texte de police administrative permettant aux pouvoirs publics d'intervenir pour limiter ce risque en prenant toutes les mesures adéquates ». Voir également au même code, le chapitre VII du titre I du livre II consacré explicitement dans son titre aux « mesures de police administrative ».

1504 Voir *supra*.

lorsque l'on observe certains domaines du droit privé sensément soumis à un « régime » de régulation, il est possible de noter une continuité naturelle entre les procédés policiers en droit public et en droit privé, ce qui justifie de qualifier le droit des données personnelles de police plutôt que de régulation.

Cette continuité résulte de ce que certaines polices spéciales sont administratives dans leur fondement, qui reste de protéger un ordre public spécial et non un ordre privé, mais civiles dans une partie de leurs procédés. Ainsi, une police administrative civile par son procédé a pour objet de faire respecter une norme de police non pas par le procédé de l'acte unilatéral mais par le procédé contractuel. Il ne s'agit alors pas de déléguer une mission de police par voie autoritaire, mais juste d'injecter dans le contrat des exigences policières.

Or, ce phénomène que l'on observe désormais en droit dit de la régulation ne constitue que la transposition mécanique en droit public d'une situation observée en droit privé depuis la fin de la seconde guerre mondiale et tendant à soumettre des pans importants de la liberté contractuelle à un régime de liberté publique, donc de police administrative spéciale. En effet, le contrôle opéré dans le cadre d'une telle police administrative civile apparaît similaire au fond à celui opéré dans le cadre d'une police administrative spéciale avérée, telle que le droit des données personnelles (a). Seul change, du moins en apparence, le procédé pour ce faire (b).

- a) L'existence de deux étapes indissociables dans le cadre d'un contrôle de police administrative spéciale : l'examen de la légalité et de la licéité

Lorsque la CNIL examine la conformité d'un traitement de données personnelles, elle effectue une même opération qui peut être qualifiée de deux façons différentes selon que l'on se place du côté de l'auteur d'un traitement, désireux d'exercer sa liberté de traitement de données, ou de la personne dont les données personnelles sont fichées, à l'encontre de laquelle s'exerce un pouvoir. Dans le premier cas, elle vérifie que les obligations préalables déclaratives ou d'autorisation ont bien été respectées. Ce faisant, elle réglemente *a priori* une faculté de l'auteur d'un traitement et, ainsi, aménage cette liberté publique. Dans ce cas, la CNIL examine la compétence de l'auteur d'un traitement à exercer effectivement sa liberté. Il s'agit alors d'un contrôle de légalité, dans le cadre duquel cette autorité se trouve en compétence liée, par exemple pour la délivrance du récépissé consécutif à une opération de déclaration préalable<sup>1505</sup>. Dans le second, elle examine si l'exercice de cette liberté porte effectivement atteinte à l'ordre public spécial des données personnelles. La CNIL procède alors au contrôle de l'abus de la liberté de traitement des données personnelles. Il s'agit alors d'un contrôle de licéité<sup>1506</sup>.

Cette deuxième phase, du contrôle de l'abus, implique d'examiner la licéité et la légitimité de la nuisance à autrui dans le cadre d'un traitement de données personnelles. La CNIL examine si la

1505 Voir *supra*, chapitre 1.

1506 La légalité suppose la conformité à un texte de valeur législative. La licéité cumule une telle obligation de respect formel d'une norme, en lui ajoutant une dimension substantielle : non seulement un acte licite doit respecter le droit écrit et posé, mais encore doit-il respecter l'ordre public, qui peut n'être découvert qu'*a posteriori* par le juge ou par les autorités chargées de sa défense. Voir à cet égard CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 8<sup>ème</sup> édition, 2007, p. 552 : est considéré comme licite ce qui est : « 1 Permis par un texte (loi, décret, etc.) [...]. 2 Conforme à l'ordre public 'exprès ou virtuel) ; en ce sens, licite se distingue de moral [...]. 3 Plus généralement, conforme au Droit, non seulement à l'ordre public mais aux bonnes mœurs (en ce sens licite englobe moral) [...] »

nuisance entraînée pour autrui par l'exercice de la liberté publique de traiter des données personnelles est conforme à l'ordre public spécial de protection des données personnelles. Elle effectue alors un contrôle de cette liberté non pas en tant que faculté pour son titulaire, mais en tant que pouvoir pour son destinataire. Dans cette tâche, elle opère littéralement un contrôle du détournement de pouvoir, étant précisé que le contrôle de la licéité, loin de s'opposer au contrôle de la légalité, en constitue un élément.

A cet égard, que ce soit en droit public ou en droit privé, la notion de pouvoir renvoie à l'idée d'une liberté limitée et finalisée. La conformité à une finalité légitime en limite l'exercice<sup>1507</sup> mais lui permet de prévaloir sur les intérêts d'autrui. Cette liaison nécessaire avec un but légitime tient à ce que l'exercice, du point de vue de son titulaire, de la liberté de traiter des données constitue, du point de vue de son destinataire, un pouvoir empiétant potentiellement sur ses intérêts. Ce pouvoir ne peut être admis à prévaloir sur les intérêts de la personne fichée que s'il sert directement une finalité reconnue comme légitime.

La CNIL étudie alors la conformité du traitement envisagé à des conditions de base ainsi que l'existence d'une finalité explicite<sup>1508</sup>. Elle examine ensuite la légitimité de cette finalité au sein d'une liste de motifs reconnus licites de nuire à autrui par l'exercice d'un traitement de données personnelles<sup>1509</sup>. Cette distinction est reprise par l'ensemble des instruments relatifs aux données personnelles applicables sur le territoire français. Pour des dispositions en tous points comparables, une appellation différente est utilisée en droit de l'UE : les dispositions relatives à la finalité y deviennent celles relatives à la « légitimation du traitement », celles sur les modalités deviennent celles relatives à la « qualité des données »<sup>1510</sup>. Enfin, ces dispositions peuvent faire l'objet d'une énumération indistincte : tel est le cas au sein de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe qui n'évoque en son article 5 que la qualité des données<sup>1511</sup> ou, de manière encore plus

1507 GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, p. 60. L'auteur illustre ainsi la distinction entre la liberté consubstantielle à l'exercice d'un droit subjectif et elle plus limitée incluse dans la notion de pouvoir : « la véritable distinction pass[e] entre les prérogatives libres, abandonnées au libre arbitre de leur titulaire, et les prérogatives finalisées, orientées vers un but qui impose une certaine ligne de conduite à leur titulaire ».

1508 Loi du 6 janvier 1978, article 6 : « Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : 1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ; 2° Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV et à la section 1 du chapitre V ainsi qu'aux chapitres IX et X et s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées ; 3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ; 4° Elles sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ; les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ; 5° Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ».

1509 Loi du 6 janvier 1978, article 7 : « Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes : 1° Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ; 2° La sauvegarde de la vie de la personne concernée ; 3° L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ; 4° L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ; 5° La réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ».

1510 Directive 95/46, respectivement articles 7 et 6.

1511 Convention n° 108 du conseil de l'Europe, article 5 relatif à la « qualité des données » : « Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont: a. obtenues et traitées loyalement et

indistincte, au sein de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>1512</sup>.

Mais une telle distinction n'est pas forcément reproduite strictement dans la réalité des contrôles. La CNIL contrôle et, le cas échéant, sanctionne de manière globale l'inadéquation des moyens employés avec la finalité du traitement. Elle évalue alors la pertinence<sup>1513</sup> et l'adéquation des données collectées ainsi que des modalités de traitement avec la finalité<sup>1514</sup>. Elle opère alors, à l'instar du Conseil Constitutionnel<sup>1515</sup>, du Conseil d'État<sup>1516</sup> ou de la CJUE<sup>1517</sup>, un contrôle de l'adéquation des moyens aux fins d'une part, de proportionnalité des moyens aux fins d'autre part<sup>1518</sup>. C'est la raison pour laquelle certains contentieux récents en matière de droit des données personnelles sont polarisés par la question de la finalité, ou plutôt soit du changement de finalité d'un traitement de données personnelles en cours d'opération, soit de l'adjonction d'une nouvelle

licitement; b. enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités; c. adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées; d. exactes et si nécessaire mises à jour; e. conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées ».

1512 Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 8 : « 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. (...) ».

1513 GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 327, 2000, p. 248 et ss : l'auteur déduit de l'existence de ces dispositions en droit des données personnelles un « principe de pertinence » qui trouverait à s'appliquer en droit des contrats, tout spécialement en droit du travail. Ce principe impliquerait par exemple une limitation de la liberté contractuelle dans les opérations de connaissance de l'éventuel co-contractant (questionnaire de recrutement, test de personnalité, prélèvements biologiques...). Les exemples qu'il cite, notamment en matière de recrutement, concernent des pouvoirs prolongeant des libertés. Il systématise ce faisant une obligation déjà opérée en droit positif d'adéquation entre les moyens et les fins d'un pouvoir.

1514 Voir, pour un exemple de formulation synthétique, CE 26 juillet 2006, *Gisti et autres*, n° 285714: « Considérant que, pour l'application de ces stipulations et de ces dispositions, les données pertinentes au regard de la finalité d'un traitement automatisé d'informations nominatives sont celles qui sont en adéquation avec la finalité du traitement et qui sont proportionnées à cette finalité ».

1515 Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, JORF du 7 décembre 2013 page 19955 (@ 6), considérants n° 27 et 28.

1516 Pour l'exemple d'un tel contrôle et un résultat négatif et positif dans une même décision, voir CE 19 juillet 2010, *M. Fristot et Mme Charpy*, n° 334014 et 317182, Rec. p. 320. Sur un premier ensemble de dispositions, l'administration passe ce double test : « que l'arrêté litigieux se borne à prévoir l'enregistrement des seules données nécessaires, d'une part, à l'identification de l'élève, de ses responsables légaux et des autres personnes à contacter en cas d'urgence ou autorisées à le prendre en charge à la sortie de l'école, d'autre part, à la gestion des établissements, de la scolarité des élèves et de leurs activités parascolaires et périscolaires ; que de telles données, dont aucune n'excède les finalités poursuivies par le traitement automatisé, doivent être regardées comme en adéquation avec la finalité du traitement et sont proportionnées à cette finalité ». Sur la durée de conservation de données personnelles dans le fichier « base-élève » qui faisait l'objet du litige, l'administration échoue à ce test : « que si le ministre établit que la conservation des données collectées pendant toute la durée théorique maximale de présence d'un élève dans le premier cycle du système éducatif, serait nécessaire et légitime au regard des finalités du traitement qui vise à donner un identifiant unique aux élèves scolarisés dans les écoles maternelles et primaires, et s'il soutient à bon droit que la généralisation envisagée de l'utilisation de l'identifiant à l'enseignement secondaire et à l'enseignement supérieur justifierait une durée de conservation égale à la durée du cycle complet d'étude d'un élève donné, il n'apporte aucun élément de justification de nature à faire regarder un délai total de conservation de 35 ans comme nécessaire aux finalités du traitement ; que dès lors M. FRISTOT est fondé à demander l'annulation des décisions attaquées ; que ces décisions doivent être annulées ». Pour un exemple récent, voir CE, 11 avr. 2014, n°355624, *Union générale des syndicats pénitentiaires CGT*, JO 17 avr. 2014, p. 6792.

1517 Pour un exemple récent, voir CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié. Dans cette décision, la CJUE a jugé la directive 2006/24/CE du 15 mars 2006 relative à la

finalité. Une telle question de l'adéquation d'un traitement de données personnelles à des finalités légitimes et explicites est d'ailleurs promise à prendre de plus en plus d'ampleur dans les années qui viennent, en raison de sa contradiction frontale avec la pratique dite du « *Big data* » dans le domaine de l'économie numérique, entièrement centrée sur « l'utilisation secondaire de la donnée »<sup>1519</sup> par un processus d'agrégation et d'analyse de masses de données brutes non significatives en elles mêmes<sup>1520</sup>. C'est la raison pour laquelle ce principe de finalité semble devoir être précisé, n'envisageant qu'une finalité déterminée<sup>1521</sup>.

L'opération ainsi réalisée par la CNIL est un contrôle de l'abus de liberté, celle de traiter des données personnelles en l'espèce. Il consiste à assurer la relativité de son exercice avec les intérêts composant l'ordre public spécial de protection des données personnelles. Lorsque la CNIL effectue un tel contrôle, elle vérifie que les conditions de cette relativité, telle que définies par le législateur, sont bien respectées. Cette origine législative implique que sont précisés à l'avance les domaines et circonstances dans lesquelles la liberté de traitement des données personnelles peut constituer pour autrui l'expression légitime d'un pouvoir, c'est à dire une nuisance légitime. En cela, le contrôle de l'abus de liberté de traitement des données personnelles ne constitue qu'une application législativement orientée de la théorie civiliste de l'abus de droit<sup>1522</sup>.

L'intérêt de mettre en lumière ces deux phases du contrôle de l'abus de liberté dans le cadre d'un régime de police administrative spéciale est de mettre en évidence la continuité avec les

conservation des données contraire aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et l'a invalidé. En effet, pour la Cour, la directive comporte une ingérence d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel sans que cette ingérence soit limitée au strict nécessaire.

1518 Ainsi, par exemple, la CNIL s'est-elle récemment prononcée négativement sur la possibilité aux polices municipales d'user des dispositifs de Lecture automatisée de plaques d'immatriculation (LAPI). En effet, ces dispositifs video, fixes ou mobiles, sont capables de capter, de lire et d'enregistrer les plaques d'immatriculation des véhicules passant dans leur champ de vision. Leur finalité est de permettre aux forces de l'ordre de lutter contre certaines infractions particulièrement graves ou, à titre temporaire, de préserver l'ordre public ( CSI, art. L. 233-1 et L. 233-2 ). Dans sa Délibération n°2014-219 du 22 mai 2014, la CNIL a considéré que l'usage de tels dispositifs par les services de police municipaux amènerait à la collecte massive des numéros de plaques d'immatriculation à l'entrée ou la sortie du territoire d'une commune, sans justification particulière, et serait donc contraire au principe de proportionnalité établi par la loi du 6 janvier 1978 (Délibération n° 2014-219 du 22 mai 2014 refusant la mise en œuvre, par la commune de Gujan-Mestras, d'un traitement automatisé de contrôle des données signalétiques des véhicules collectées à partir de caméras de vidéoprotection (Demande d'autorisation n° 1692714)).

1519 BENSAMOUN Alexandra et ZOLYNSKI Célia, « *Big data* et *privacy* : comment concilier nouveaux modèles d'affaires et droits des utilisateurs ? », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, p. 10.

1520 Pour une présentation de ce procédé et de ses enjeux en termes de droit des données personnelles, voir BENSAMOUN Alexandra et ZOLYNSKI Célia, *op. cit.*, p. 8 et s. Cette pratique est frontalement contraire au principe de finalité dans la mesure où elle suppose l'agrégation et l'analyse de données disparates en grandes quantités, pour faire produire à ces informations primaires une information secondaire (p. 11). Tel est par exemple le cas en matière de données personnelles lorsque toutes les données personnelles relatives à une personne et localisées sur Internet sont regroupées et analysées pour définir un profil de la personne. Sur cette question, voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2. Sur la conformité du procédé au principe de finalité, voir également SOLTANI Sarra, « *Big data* et le principe de finalité », *RLDI*, 2013, pp. 74-80.

1521 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, p. 172 : « Le principe de finalités déterminées est ainsi au cœur de la confiance que les personnes peuvent avoir dans les services de la société numérique. Lorsqu'elles recourent à de tels services et que des données les concernant sont collectées dans ce cadre, elles doivent avoir l'assurance que ces données ne seront pas utilisées pour d'autres finalités que celles du services, sauf à ce qu'elles en aient été informées ou que la loi le prévoit. Le principe de finalités déterminées est ce qui fait que les données personnelles ne sont pas des marchandises ou, du moins, qu'elles ne sont pas des marchandises comme les autres ».

1522 Voir *infra*.

procédés encadrant la liberté contractuelle, en matière de contrôle de légalité que de licéité.

## b) Un contrôle de légalité identique

Ce contrôle concerne la soumission d'institutions du droit privé aux techniques d'aménagement des libertés publiques. Plus spécifiquement, ces techniques tendent à irriguer le droit privé sans forcément que cela ne soit apparent, par la soumission des différents aspects de la liberté contractuelle à un régime de liberté publique en bonne et due forme.

Le droit de la consommation donne une illustration de cette réceptivité du droit privé aux techniques d'aménagement des libertés publiques en usant de procédés qui sont identiques à ceux du droit des données personnelles. En effet, ces deux droits différents se présentent à l'identique, dans le rapport que tout un chacun en a dans la réalité quotidienne, à savoir sous la forme de clauses ou mentions obligatoires dans les contrats passés, sur les sites internet consultés et dans certains échanges avec des personnes morales de droit public ou de droit privé. Les deux prescrivent au sein du contrat ou sur le site internet la mention obligatoire d'informations, écrites en petits caractères et non lues, à l'instar de cette formule rituelle inscrite sur tous les sites internet ou documents que échangés avec des personnes morales, rappelant à toute personne dont les données sont traitées qu'elle dispose d'un droit d'accès et de rectification sur elles<sup>1523</sup>.

Or, c'est ce droit de la consommation qui a servi au professeur Ghestin pour mettre en lumière cette police de la liberté contractuelle, théorisée en grande partie par le professeur Farjat, que d'autres ont désigné sous le nom de « régulation des relations contractuelles » et plus précisément de « régulation de la formation du contrat »<sup>1524</sup>.

Dans ce cas, le contrôle de légalité désigne celui opéré par le juge entre, d'une part, l'exercice de la liberté considérée et, d'autre part, le respect de ce que les publicistes appellent régime des libertés publiques (b-1) et de ce que les privatistes appellent, pour une réalité en tout point identique, « formalités préalables » ou « réglementation du contrat » (b-2).

1523 Pour un parallèle récent et très révélateur, voir COHEN Dany, « Ampleur et qualités du consentement donnée par clic de souris », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, p.5 : « une étude menée en 2012 par un groupe d'élèves du master de droit économique de SciencesPo a montré que la lecture intégrale des conditions générales de la plupart des opérateurs nécessiterait plusieurs heures, voire une dizaine d'heures, ce qui n'est pas raisonnablement envisageable, a fortiori dans un univers virtuel ou tout est conçu pour exalter et encourager l'instantanéité, la simplicité et l'extrême rapidité de la conclusion d'un contrat.

Ainsi par exemple les conditions générales de vente de la *Fnac* occupent-elles vingt pages (9000 mots), auxquelles il faut ajouter les dix-neuf pages (presque 13000 mots) de celles de la *Marketplace Fnac*, les huit pages de celles relatives au téléchargement du livre numérique *Fnac* (3469 mots), outre cinq pages sur la protection des données personnelles *Fnac*, soit un total de cinquante-deux pages, avec des renvois des unes aux autres. Les conditions générales d'utilisation de *Facebook* comprennent au total quarante-cinq pages, celle de *Google* près de quatorze pages, auxquelles s'en ajoutent vingt-quatre autres, réparties en trois types de conditions (qui se cumulent) pour *Google Play*. Celles de *Linkedin* s'épanouissent sur dix-huit pages, contre quinze pour celles de *Viadeo*, les dix pages des conditions de *Twitter* paraissant finalement modestes ».

Ce constat nous paraît, à titre personnel, d'autant plus évocateur qu'il rejoint l'événement nous ayant donné l'idée de ce sujet de thèse initialement : l'impossibilité absolue de comprendre les tenants et aboutissants des conditions générales relatives à l'utilisation des données personnelles de notre opérateur de messagerie électronique...

1524 RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, respectivement p. 185 et p. 187.

*b-1) Une application des techniques des libertés publiques indifférente à la distinction droit public/droit privé*

Cette question implique au préalable de considérer la liberté contractuelle non pas avec la révérence que lui accorde le droit privé, mais avec le pragmatisme propre au droit public en la matière. Dans le cadre de cette approche, la liberté contractuelle ne constitue qu'une liberté publique comme une autre (b-1-1). A ce titre, elle est soumise à un régime classique en la matière (b-1-2).

b-1-1) La raison d'une telle indifférence : la considération de la liberté contractuelle comme d'une liberté publique

Cette indifférence est de principe dans la mesure où la liberté contractuelle, socle du droit privé, ne constitue qu'une liberté publique comme une autre et, donc, se trouve naturellement saisie par une réglementation de droit public. La raison en est que la liberté contractuelle, en ce qu'elle ne constitue qu'un aspect du principe général de liberté énoncé par les articles 2 et 4 de la DDHC, constitue de ce fait une liberté publique. En effet, notre droit n'envisage que deux traitements pour appréhender la question des libertés : soit elles ne se distinguent en rien du principe général de liberté et dans ce cas elles lui sont assimilées, soit elles s'en distinguent, dans le cadre d'une activité humaine spécifique. La raison d'une telle distinction est toujours la reconnaissance du caractère polémogène d'une telle activité pour l'ordre social considéré. Ainsi, il est prévisible que la liberté d'acquérir une arme à feu peut emporter quelques conséquences néfastes pour le corps social.

Or, tel est le cas de la liberté contractuelle, liberté spécifique dans la mesure où elle ne désigne que la faculté de se lier et de s'engager à autrui, tardivement nommée, dont le régime général n'est fixé par aucune loi de police dans l'ordre strictement interne<sup>1525</sup>, à la différence de ce que l'on peut observer en droit européen en matière de résolution des conflits de loi en la matière<sup>1526</sup>. Elle se trouve à cet égard dans une situation similaire à ces libertés, définies dans le cadre des éléments du droit de propriété que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, et dont certains aspects se trouvent réglementés par le droit de l'urbanisme, boursier, de la concurrence... Un même parallèle pourrait être fait avec la liberté de détruire l'environnement, saisie dans ses différents aspects par les nombreuses et diverses polices spéciales de l'environnement<sup>1527</sup>.

Un autre point commun entre la liberté contractuelle et les libertés issues du droit de propriété ou celle de dégradation de l'environnement sont qu'elles ne constituent que des libertés de moyens et non de fin. Elles ne permettent pas en soi de satisfaire un intérêt direct pour la personne humaine ou pour une institution. Dans le langage de la théorie des droits fondamentaux,

1525 Le fondement de cette liberté spécifique, comme toute autre, est bien évidemment l'article 4 de la DDHC, ce qu'a reconnu tardivement le Conseil constitutionnel dans sa décision DC n° 98-401 du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. Mais hors ce fondement récent, les seuls régimes de liberté publique l'encadrant et la consacrant sont les législations spéciales survenues à compter de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui constituent autant de police spéciales contextualisées à un domaine de la vie économique et sociale particulier, comme la police de la construction, des baux d'habitation, du contrat de travail...

1526 Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JOUE* 4 juillet 2008.

1527 Pour une considération de l'objet de la police de l'environnement comme l'encadrement de la liberté de le détruire, voir *supra*, même titre, chapitre 1.

telle qu'envisagée par Louis Favoreu, ces libertés constitueraient alors des « droits-garanties »<sup>1528</sup>, n'ayant pas d'objet propre, si ce n'est de rendre effectif l'exercice d'autres droits et libertés fondamentales, comme la liberté du commerce et de l'industrie. Elles se trouvent à cet égard dans la même situation que la liberté de traitement des données personnelles : la raison essentielle à leur caractère innommé et pour partie « innommable » en tant que libertés publiques tient au caractère particulièrement modeste de leur objet : nul ne souhaiterait raisonnablement être prêt à payer de sa vie le prix de l'exercice de sa liberté contractuelle ; tel n'est pas le cas, historiquement en France et actuellement dans d'autres États moins avancés en terme de protection des droits et libertés, pour la liberté d'expression, la liberté de participer aux affaires politiques, la liberté d'aller et venir etc.

Le phénomène de « socialisation du droit » depuis la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup>, qui a conduit un grand nombre d'auteurs, dans l'entre deux guerres et au sortir du second conflit mondial, à tenter de redéfinir les critères de distinction entre droit privé et droit public, se résume alors à une chose : la liberté contractuelle est passée de l'état de liberté non ou faiblement réglementée par le Code civil<sup>1529</sup>, soumise à un régime totalement répressif, à celle de liberté publique, donc réglementée au moins pour partie de manière préventive.

Le législateur français a alors cessé de donner un blanc seing à tous ceux désireux d'utiliser ce procédé technique et a fixé des ordres publics spéciaux, en matière économique et sociale, le plus souvent regroupés et identifiés par la doctrine privatiste sous l'étiquette d'ordre public économique et social, aussi décliné en « ordre public de direction et de protection »<sup>1530</sup>. Que ce soit en matière de contrat de travail, de consommation, d'assurances etc, lorsque le législateur est intervenu en lieu et place du principe de l'autonomie de la volonté sanctionné par l'article 1382 du Code civil, il a alors défini des ordres publics spéciaux, c'est à dire des équilibres entre d'une part l'exercice le plus large possible de la liberté contractuelle et, d'autre part, la protection d'un intérêt essentiel à la vie en société, qui pouvait être la protection du travailleur, du consommateur en général, du consommateur d'assurances... Tous ces contextes d'exercice de la liberté contractuelle ont été réglementés selon les procédés classiques d'encadrement des libertés publiques, au prix d'aménagements qui peuvent être considérés comme minimes par rapport à ce que l'on observe en « pur » droit public.

Le professeur Farjat a, de longue date et à la suite des travaux de Georges Ripert<sup>1531</sup> et de Paul Durand<sup>1532</sup>, systématisé l'emploi à l'égard de la liberté contractuelle de concepts propres au droit des libertés publiques et de la police pour classer et hiérarchiser cette « police des rapports

1528 Pour une explicitation de la notion, à propos du droit à la protection des données personnelles, voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2.

1529 En guise de réglementation, on y trouve ainsi son objet dans son article 1126 son objet « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire » ou certaines de ses restrictions a priori, comme l'article 6 (« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs ») ou 1128 (« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui pussent être l'objet de conventions »).

1530 Sur ces notions ou plutôt appellations, voir *supra*.

1531 RIPERT Georges, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 46, p. 106 et n° 63, p. 145.

1532 DURAND Paul, « Le rôle des agents de l'autorité publique », RTDCiv., 1948, p. 156 : « L'évolution n'a pas nécessité grand effort d'invention. Les techniques anciennes, qui tendaient à la protection des libertés privées ont le plus souvent suffi... Écrit, formes de publicités, autorisation : tous ces moyens, secourables aux contractants ou protecteurs des tiers, permettent désormais à l'autorité publique d'épier l'activité contractuelle, de contrôler la conclusion du contrat et parfois de l'empêcher ».

contractuels »<sup>1533</sup> en fonction de l'intensité des atteintes qu'elle apporte *a priori* de son exercice. En effet, pour cet auteur, « sur le plan technique pur, il n'est pas niable qu'à plusieurs égards, il est fait appel au droit public »<sup>1534</sup>.

De manière générale, l'encadrement dont fait l'objet la liberté contractuelle en tant que liberté publique apparaît comme particulièrement libéral. En effet, il pourrait théoriquement être envisageable de subordonner tout exercice de la liberté contractuelle à une autorisation administrative préalable. Mais cela ne serait ni réaliste ni conforme à l'objectif d'intérêt général recherché par un régime libéral sur le plan économique, c'est à dire considérant le libre jeu de l'autonomie de la volonté comme le plus à même de satisfaire l'intérêt général, donc impliquant nécessairement une liberté particulièrement étendue de passer des conventions avec autrui<sup>1535</sup>. En effet, « la technique législative par sa généralité, sa permanence, son caractère abstrait ne permet pas de diriger toutes les situations, de s'adapter à la mobilité des impératifs divers, de prévoir les cas concrets. (...) Mais le législateur (...) ne peut pas sacrifier au caractère mouvant de certains impératifs économiques »<sup>1536</sup>. Cela justifie que ses procédés d'encadrement soient, dans l'ensemble, très peu autoritaires, ce qui est cohérent dans la mesure où le néolibéralisme dont ces procédés sont l'expression ne constitue qu'un correctif au libéralisme et non l'antithèse.

Gérard Farjat énumère précisément ces procédés et distingue deux catégories : les procédés autoritaires impliquant un formatage *a priori* des contrats, par l'interdiction de certaines clauses ou l'encadrement de certaines autres, sur la durée du contrat par exemple ; et les procédés plus libéraux consistant « à mettre les intéressés à même de se défendre eux-mêmes »<sup>1537</sup>. Il les énumère, considérant qu'« il est juste de classer les différentes techniques suivant l'atteinte qu'elles portent à la liberté »<sup>1538</sup> : il existe ainsi des « activités contractuelles suggérées », « réglementées », « soumises au contrôle », « dirigées, ou modelées, voire « provoquées ou imposées »<sup>1539</sup>. Cet auteur n'est pas le seul à proposer une telle grille de lecture, graduée en fonction de l'atteinte portée à la liberté contractuelle : d'autres auteurs comme les professeurs Olivier et Ghestin l'ont reprise dans leurs ouvrages respectifs<sup>1540</sup>. Mais la systématisation opérée par le professeur Farjat est à notre sens la plus importante ; elle apparaît d'autant plus nécessaire que l'encadrement de la liberté contractuelle est éclaté entre une myriade de polices administratives spéciales.

1533 FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome XXXIV, 1963, p. 14.

1534 FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 194.

1535 GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Arthur Rousseau, 1912, p. 41 : « Dès ses premiers pas, la jeune science économique du XVIII<sup>ème</sup> siècle du prendre conscience de ce rôle croissant de l'échange et de la prépondérance du contrat dans la vie des peuples civilisés. En conclure que le contrat individuel d'échange était le phénomène élémentaire de tout l'ordre social fut chose aisée. De là à affirmer que les relations humaines devaient être entièrement abandonnées aux libres conventions, il n'y avait qu'un pas : on n'hésita pas à le franchir ; et ainsi le mot de *Liberté*, qui était déjà la devise des philosophes, devint l'enseigne du nouvel édifice bâti par les économistes. « Liberté des échanges, liberté des contrats, liberté du travail, liberté de la concurrence ! » tel fut l'objet de leurs revendications ».

1536 FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 196.

1537 FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 197.

1538 FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 200.

1539 FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 201 pour une présentation d'ensemble, p. 202 et ss pour une étude détaillée de chacun de ces paliers.

1540 OLIVIER Jean-Michel, *Les sources administratives du droit privé*, 2 volumes, thèse, Paris II, 1981 ; GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993.

## b-1-2) L'application corrélatrice d'un régime de liberté publique classique

La grille de lecture des techniques d'aménagement des libertés publiques par des procédés de police révèle le *continuum* entre droit public et droit privé.

Certaines des techniques classiques du régime des libertés publiques se repèrent facilement au sein des lois réglementant certains domaines de la liberté contractuelle. Ainsi, l'interdiction préalable et absolue présente intuitivement le même sens dans les deux domaines, impliquant une restriction posée *a priori* et contrôlée *a posteriori* par le juge judiciaire se matérialisant par la prohibition de certaines clauses ou de l'exercice même de la liberté contractuelle à l'égard de certains objets<sup>1541</sup>. Il en va de même pour l'autorisation préalable, à un point où, de manière paradoxale, seul à notre connaissance le champ du droit privé comporte une étude complète et récente sur cette technique spécifique<sup>1542</sup>. Ainsi, la liberté contractuelle de la personne placée sous tutelle apparaît-elle, au terme du régime défini par les articles 510 et suivants du Code civil, soumise à une procédure d'autorisation préalable en bonne et due forme de la part du tuteur<sup>1543</sup>. Tel est également le cas du mineur qui souhaiterait exercer avant ses dix-huit ans sa liberté de conclure un contrat de mariage, soumise à une interdiction de principe<sup>1544</sup> susceptible d'être levée par une dérogation, analysable en tout point en une autorisation préalable<sup>1545</sup> accordée par le procureur de la République<sup>1546</sup>.

Mais la plupart du temps, le recours aux techniques des libertés publiques en droit privé est moins aisé à débusquer. Une telle recherche se justifie néanmoins car elle contribue à mettre au jour la transversalité de la fonction de police, au delà de l'artificielle séparation entre droit public et droit privé. Ils se présentent sous les autours d'institutions et de concepts propres au droit privé, mais la réalité qu'ils exprime est pleinement traduisible dans le vocabulaire du droit des libertés publiques. Tel est par exemple le cas de l'obligation de déclaration préalable, nommée comme telle en droit des libertés publiques, que l'on retrouve sous l'appellation d'obligation d'information en droit privé.

En effet, un des arguments forts de l'emploi du terme de régulation est qu'il est utile pour décrire un procédé permettant notamment d'assurer une certaine transparence, notamment du marché<sup>1547</sup>. Mais qu'est-ce que la transparence en droit, si ce n'est une obligation d'information ? Et dans ce cas, qu'est ce qui distingue au fond l'emploi d'une telle obligation dans le cadre d'une déclaration préalable, d'une telle obligation dans le cadre de la pratique contractuelle ? Rien, ce qui justifie de mettre en évidence une continuité existante dans le procédé de la déclaration préalable entre le droit public et le droit privé, justifiant l'inscription du procédé dans l'échelle de

1541 Code civil, articles 6 et 1128, cités *supra*, excluant *a priori* du champ d'exercice de cette liberté respectivement les lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs d'une part, aux choses hors du commerce d'autre part. Pour une analyse plus approfondie, voir MOINE Isabelle, *Les choses hors-commerce*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 271, 1997.

1542 THULLIER Béatrice, *L'autorisation. Étude de droit privé*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 252, 1996. Le caractère récent de cet ouvrage n'éclipse cependant pas la pertinence intemporelle de son illustre pendant en droit public : LIVET Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974.

1543 THULLIER Béatrice, *op. cit.*, p. 118.

1544 Code civil, article 144 : « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus ».

1545 THULLIER Béatrice, *op. cit.*, p. 119.

1546 Code civil, article 145 : « Néanmoins, il est possible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves ».

1547 Voir *supra* ou à justifier.

policierité en tant que procédé de police civile. A cet égard, un élargissement de la signification de la procédure de déclaration ou d'information préalable paraît nécessaire à raison de son évolution dans le sens d'une extension et d'une dilution<sup>1548</sup> ; évolution qui trouve une première application systématique dans la matière du droit des données personnelles. Cette évolution se résume ainsi : la déclaration préalable tend à s'étendre dans sa conception et sa finalité, alors qu'en apparence, son expression en tant qu'élément d'une police administrative spéciale recule. La substance de la procédure de déclaration préalable est définie ainsi par le professeur Martin : « la déclaration est toujours faite à l'autorité qui a pour mission, au cas où une action devient nécessaire, soit de mettre en œuvre cette action, soit de prévenir ou de saisir les organes chargés de cette mise en œuvre »<sup>1549</sup>. Or, ce procédé a connu des évolutions qui, pour partie ont été anticipées mais qui, pour l'essentiel, sont tombées dans l'oubli ou n'ont pas été perçues comme telles. En effet, qu'est-ce qu'un procédé déclaratif, si ce n'est une forme particulière d'obligation d'information de la puissance publique à l'égard d'un risque potentiel de trouble à l'ordre public ? Dès lors que l'on s'abstrait de la forme particulière de cette obligation d'information, il est alors possible d'expliquer certaines obligations particulières d'information comme des formes variées ou diluées du procédé de la déclaration préalable.

L'évasement de ce procédé tient en premier lieu au développement de l'information préalable non pas à la personne publique exclusivement mais également aux tiers à l'exercice d'une liberté. Dans ce cas, cette variante du procédé de la déclaration préalable implique pour le titulaire de la liberté publique en cause d'accomplir son obligation d'information par voie de presse, comme en matière de constitution d'associations<sup>1550</sup> ou de sociétés commerciales<sup>1551</sup>, ou d'affichage par la voie de panneaux, comme en matière d'urbanisme<sup>1552</sup> ou de marchés publics<sup>1553</sup>. Il y a alors une dilution non pas de l'information en elle-même, mais seulement de ses destinataires potentiels<sup>1554</sup>. Dans ce cas, de tels procédés « n'appellent pas d'obligation d'information directe pour des initiatives appelées à n'avoir que des effets temporaires, telles les manifestations sur la voie publique ou des projets de grève dans les services publics – l'Autorité Publique ayant elle-même la charge ici de protéger l'intérêt général. En revanche, les obligations du déclarant à l'égard des tiers se précisent avec la création d'activités ou d'organismes durables de nature à perturber de façon sensible les situations individuelles. Telles est la signification des règles de publicité que la loi ou les règlements d'application érigent parfois en véritable obligation à l'égard des tiers. C'est le cas pour

1548 Cette évolution n'est toujours pas analysée. Voir par exemple M'SAÏDIE Thomas, « La déclaration préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA*, 11 mars 2013, n° 9/2013, pp. 514-521.

1549 MARTIN Pierre-Marie, « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », *AJDA*, octobre 1975, p. 439.

1550 Obligation déclarative double : à la personne publique, puis au public. Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, article 5.

1551 Décret 67-236 du 23.03.1967, Art. 285.

1552 Code de l'urbanisme, Article R\*424-15.

1553 Code des marchés publics, articles 39 et 40.

1554 LIGNEAU Philippe, « Le procédé de la déclaration préalable », *RDP*, 1976, p. 693 : « La volonté d'informer les tiers, le souci de publicité à leur égard paraissent prédominants en revanche dans les Inscriptions au Registre du Commerce, dans le dépôt de la candidature politique.

Le plus souvent, lorsque les tiers ont accès aux informations déclarées, il est difficile de dissocier les deux objectifs tant ceux-ci apparaissent poursuivis conjointement dans la procédure de la déclaration ou dans ses prolongements (par exemple publicité de la déclaration en matière d'association par l'insertion d'extraits au Journal Officiel).

Fréquemment enfin, ces objectifs particuliers (mise en garde du déclarant, information des tiers) sont inséparables d'une politique plus générale des Pouvoirs Publics à l'égard de la branche d'activité considérée recherchant, notamment une certaine discipline économique ».

les associations déclarées : dans le délai d'un mois un extrait de la déclaration doit faire l'objet d'une publication au Journal Officiel »<sup>1555</sup>.

L'évasement de la déclaration préalable tient en second lieu dans l'extension de cette obligation auprès des personnes susceptibles d'être affectées par l'exercice de cette liberté. Ainsi pèse sur l'auteur d'un traitement de données personnelles une obligation d'information préalable non seulement de la CNIL mais, également et de manière plus novatrice, de la personne fichée.

Par ailleurs pèse sur l'auteur du traitement l'obligation d'information non plus préalable mais à la demande de la personne dont les données personnelles sont traitées. Dans une telle optique, objectiviste, il est alors possible d'interpréter différemment d'une logique usuellement subjectiviste les obligations de l'auteur d'un traitement de données personnelles non seulement de lui communiquer à sa demande l'information sur les traitements le concernant mais également de procéder à leur rectification lorsque cette dernière serait erronée<sup>1556</sup>. Relevant l'existence d'un tel droit de rectification des tiers en matière d'inscription au registre du commerce, le professeur Ligneau, dans une approche novatrice, évoquait à cet égard « les droits des tiers quant à la qualité de l'information fournie »<sup>1557</sup>.

Une telle information préalable et à la demande de la personne remplit alors les mêmes fonctions qu'une procédure de déclaration préalable « classique », dans la mesure où il permet de porter à la connaissance de la personne intéressée des informations lui permettant ou pas d'intervenir pour protéger ses intérêts. Or, de telles obligations d'information personnalisées sont connues de longue date en droit des contrats. Plus précisément, de telles obligations se sont considérablement développées en matière d'encadrement de la liberté contractuelle<sup>1558</sup>. La soumission à de telles obligations peut avoir pour origine certaines exigences jurisprudentielles mais, lorsque ces obligations sont imposées par la loi, comment ne pas y voir, à l'instar du droit des données personnelles, un évasement de la procédure de déclaration préalable ? Dès lors que l'on réalise que le législateur, en imposant de telles obligations, a réglementé la liberté contractuelle et non le contrat, qui n'en constitue qu'une manifestation, tout comme l'association n'est qu'une manifestation de la liberté du même nom, il paraît évident que les techniques des libertés publiques, loin d'être cantonnées au seul droit public, innervent en réalité l'intégralité du droit. A cet égard, le caractère artificiel de la séparation droit public/droit privé apparaît comme particulièrement net en matière de droit de la consommation.

#### *b-2) Une indifférence ostensible à la séparation droit public/droit privé en droit de la consommation*

Le droit de la consommation apparaît partagé entre un régime de police administrative spéciale et un régime de police contractuelle<sup>1559</sup>. Ce dernier s'exerce à l'encontre de la liberté contractuelle du professionnel et du consommateur, en tant qu'elle prolonge nécessairement la liberté du commerce et de l'industrie du premier. En effet, une telle liberté est par nature relationnelle<sup>1560</sup> en ce qu'elle implique d'être exercée par un titulaire comme une liberté à l'encontre d'un tiers, à

1555 LIGNEAU Philippe, *op. cit.*, p. 713.

1556 Pour une analyse davantage sous l'angle subjectiviste des procédés de droit à la communication et à la rectification des données personnelles, voir *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2 et titre 2 chapitre 1.

1557 LIGNEAU Philippe, *op. cit.*, p. 714.

1558 Sur cette question, voir de manière générale FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 221, 1992.

1559 Sur cette distinction, voir *supra*.

1560 Sur cette question, voir *supra*, chapitre 1.

l'égard duquel cette liberté peut être conçue comme un pouvoir. Mais dans ce deuxième aspect, elle ne trouve à s'exercer que par l'intermédiaire de cette liberté de moyen et non de fin qu'est la liberté contractuelle.

Cela explique que certaines libertés très spécifiques, comme la « libre prestation de services » d'assurances et le « libre établissement des organismes relevant du code des assurances, du code des assurances, du code de la mutualité et du code de la sécurité sociale »<sup>1561</sup>, soient pour une faible partie soumises à un régime de police administrative classique imposant des obligations déclaratives et de contrôle préalable de la qualité professionnelle et des garanties financières pour exercer cette profession<sup>1562</sup> et, pour l'essentiel, soumises à une police civile administrative prenant la forme de clauses-types, d'obligation de contracter, de mentions obligatoires et d'obligations d'information<sup>1563</sup>. C'est la raison pour laquelle les auteurs privatistes utilisent souvent sans toutefois la définir, que ce soit en droit de la consommation ou dans d'autres domaines affectés par des procédés de police civile comme par exemple le droit social, l'expression de « police contractuelle » ou une formulation avoisinante<sup>1564</sup>.

Dans le cadre d'une telle police contractuelle comme en droit de la consommation, le législateur encadre la liberté contractuelle du professionnel en tant qu'elle peut s'exercer comme un pouvoir à l'égard du consommateur ou du salarié, c'est à dire de la partie réputée faible dans un contrat; pouvoir qui s'exprime pour l'essentiel par des contrats d'adhésion<sup>1565</sup>. Cette police a donc pour objet de prévenir l'exercice abusif de la liberté contractuelle, c'est à dire d'une liberté-moyen et non d'une liberté-fin. La police civile revient à qualifier différemment une évolution perçue par certains privatistes comme le professeur Jacques Ghestin sous le pavillon « lois d'ordre public », qui englobent aussi bien les lois, les règlements que les contrats types établis par l'administration<sup>1566</sup>.

L' évolution du droit de la consommation<sup>1567</sup> est à cet égard très instructive en ce qu'elle illustre ce phénomène de publicisation des contrats privés tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle et s'avère particulièrement intéressante en ce qu'elle préfigure l'évolution du droit des données personnelles. En effet, la technique utilisée dans les dernières lois du droit de la consommation

1561 Code des assurances, articles R. 310-17-1 à R. 310-17-3.

1562 L'encadrement de ces libertés est réalisé par une autorité de police, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (art R. 310-11) qui peut explicitement édicter des « mesures de police » (art. R. 310-19) en plus de sanctions (art. R. 310-22).

1563 Voir par exemple, au sein du code des assurances : article L. 111-4 : « L'autorité administrative peut imposer l'usage de clauses types de contrats », étant précisé au terme de l'article R. 111-2 du même code que « l'autorité administrative mentionnée à l'article L. 1111-4 est le ministre chargé de l'économie et des finances ».

1564 En droit de la consommation, voir FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 14 : « Cette réglementation purement technique, *cette police des rapports contractuels*, qui vise d'ailleurs plus souvent tel contractant que le contrat lui-même, et parmi les contractants, l'entreprise, est assez significative d'un changement dans les conceptions sociales. Même si la réglementation n'est pas d'inspiration économique, elle n'en traduit pas moins un abandon du « laissez-faire ». A la sélection naturelle des professionnels succède une sélection partiellement organisée, en tout cas préventive ». En droit social, voir LOISEAU Grégoire, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP/ La semaine juridique – édition sociale*, n° 3, janvier 2009, p. 14.

1565 GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993, p. 115.

1566 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 91.

1567 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, pp. 115-116 : « Les consommateurs ont été d'abord essentiellement protégés de façon indirecte par la répression de la concurrence déloyale dont la finalité première était la protection des commerçants et industriels. Plus récemment des dispositions spécifiques ont été prises afin de protéger les consommateurs contre la publicité mensongère et contre certaines formes de ventes agressives ou dangereuses. La loi Scrivener du 10 janvier 1978 a également pour objectif leur information et leur protection, de même que celle du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier ».

peut être « rattachée à la politique néo-libérale. Il ne s'agit plus (...) d'une réglementation impérative qui se substitue au contenu du contrat, mais de mesures destinées à rétablir une meilleure égalité entre les parties, afin que le consentement de la plus faible soit plus libre, plus conscient et plus réfléchi »<sup>1568</sup>. En somme, le néo-libéralisme tend naturellement vers la mise en place de polices contractuelles en complément ou à la place des polices administratives spéciales. Dans le cadre d'une police administrative spéciale comme le droit de la consommation, ce n'est alors pas seulement la liberté-fin qui fait l'objet d'un contrôle (par exemple la liberté du commerce et de l'industrie), mais également la liberté-moyen qui permet de la concrétiser (par exemple la liberté contractuelle). Mais quelle que soit la liberté, fin ou moyen, les procédés de contrôle sont les mêmes.

Cela explique ainsi l'identité entre le contrôle de légalité opéré par une autorité de police dans le cadre d'une police administrative spéciale, et celui opéré par le juge judiciaire dans le cadre d'une police contractuelle. En effet, le contrôle exercé *a posteriori* par le juge judiciaire et portant sur la conformité du contrat de consommation à une obligation préexistante porte sur le respect de la lettre du droit, et non de son esprit. Cet aspect du contrôle est souvent stigmatisé par l'emploi en doctrine de l'expression « formalisme contractuel ». Il est l'expression de ce que le professeur Jacques Ghestin désigne par les termes d'« ordre public de protection du consommateur », qui comporte deux éléments.

Le premier se caractérise pour l'essentiel par des obligations d'informations<sup>1569</sup>. Cette obligation d'information, réalisée dans le but de produire un consentement éclairé de la part du consommateur, peut également emprunter le chemin des mentions informatives et/ou d'un délai de réflexion. Plus précisément, le premier de ces éléments de l'ordre public de « protection du consommateur » est une obligation déclarative incombant à tout professionnel à l'égard du consommateur. Considérée usuellement en droit privé sous les termes d'obligation d'information ou de renseignements, il est possible de considérer cette information comme une déclaration préalable individualisée, comme une acclimatation de ce procédé à l'environnement contractuel. En effet, « la déclaration préalable, en tant que technique juridique, consiste à rendre publiques ses intentions, à faire en quelque sorte une publicité (...). Il s'agit donc d'une intention dévoilée, portée à la connaissance de l'administration, voire au-delà du public »<sup>1570</sup>. La seule différence entre cette définition classique de ce procédé et l'obligation d'information faite au professionnel à l'égard du consommateur réside dans la réduction du public aux seuls consommateurs intéressés. Mais eu égard à la tendance à la privatisation du procédé de la déclaration préalable, tel qu'observé *supra* dans les évolutions du droit des données personnelles, le procédé de l'obligation d'information dans les contrats de consommation doit être considéré comme tel. Ce régime d'information du consommateur, renforcé par d'autres dispositions de nature à rendre son

1568 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 116. Voir également, à propos de l'inspiration néolibérale du droit de la consommation, SAVY Robert, « La protection des consommateurs en droit français », *RIDC*, vol. 26, n° 3, juillet-septembre 1974, p. 606 : « Les pouvoirs publics n'ont pas voulu prendre en charge directement toutes les activités susceptibles de concourir à la protection du consommateur. C'est l'un des traits du néo-libéralisme : l'administration renonce à agir elle-même, mais suscite des initiatives qu'elle encouragera tout en les contrôlant. Ici des associations privées régies par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 collaborent avec les pouvoirs publics en vue de mieux informer les consommateurs sur la qualité des biens et services. Elles se situent aux frontières incertaines du service public et de l'activité privée d'intérêt général et concernent la normalisation, la certification de la qualité, et l'étiquetage informatif ».

1569 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 120.

1570 M'SAÏDIE Thomas, *op. cit.*, p. 514.

consentement éclairé<sup>1571</sup>, a pour but de rétablir un équilibre qui n'est considéré que comme légèrement faussé par le libre jeu de l'autonomie de la volonté.

Le second élément de cet ordre public de protection du consommateur tient en un certain formalisme<sup>1572</sup>, qui implique pour le professeur Ghestin, d'une part l'exigence d'un écrit, voire de formes particulières prescrites pour cet écrit comme la rédaction de certaines clauses en toutes lettres ainsi que, d'autre part, la mise en conformité des contrats à des modèles types<sup>1573</sup>. Les obligations imposées par ce formalisme apparaissent comme exceptionnellement contraignantes *a priori* à l'égard de la liberté contractuelle, « lorsque le législateur définit impérativement un nombre limité de modèles, dont il impose les termes et même la présentation matérielle, pour la réalisation de tout un groupe de contrats. Le décret du 24 mars 1978, pris pour l'application de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine du crédit à la consommation, est à cet égard significatif. Toutes les offres préalables, destinées à devenir par l'acceptation du destinataire les contrats de crédit à la consommation, doivent être rédigées conformément à l'un des modèles types qui correspondent chacun à une opération déterminée, telle que, par exemple, un prêt personnel, un découvert sur compte ou une location vente. Les nécessités commerciales de simplicité et de rapidité ont conduit, pour remédier aux abus que permettait la rédaction unilatérale des imprimés, à un formalisme de protection »<sup>1574</sup>.

Ce procédé a pu être stigmatisé comme relevant, de manière imagée, du « surgelé contractuel »<sup>1575</sup>. Mais l'intérêt majeur du recours à un tel procédé consiste à standardiser le contrôle exercé par le juge judiciaire. Par là même, ce procédé est supérieur à celui de la simple répression civile dans la mesure où il permet d'apporter une sécurité juridique en délimitant plus précisément et plus prévisiblement l'étendue de son contrôle<sup>1576</sup>.

Le respect de ces obligations préalables est assuré par le juge judiciaire, mais il pourrait aussi bien l'être par une autorité de police, ce qui est le cas dans certains États. En effet, il existe des partisans du système du contrôle administratif préventif des contrats de consommation. Ils considèrent que l'intérêt de ce procédé réside premièrement dans ce que « des critères uniformes sont posés qui assurent, par branche économique, un traitement cohérent des conditions

1571 Comme par exemple les dispositions imposant une formation différée du contrat, suspendue à un délai de réflexion de la part du consommateur.

1572 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 118.

1573 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, pp. 119-120.

1574 GHESTIN Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 120.

1575 Pour une critique générale, voir MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, 4<sup>ème</sup> édition, Francis Lefebvre, 2010, p. 47. Pour une critique plus centrée sur le droit des données personnelles, voir BISMUTH Yves, « Les clauses-types dans les contrats informatiques : le surgelé contractuel », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2008, 39, pp. 44-47.

1576 FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 192 : A propos de « l'apparition de mesures préventives ou formalistes » : « Elle est la conséquence nécessaire des autres formes d'intervention. D'abord, puisque l'on veut diriger les activités contractuelles, il en résulte pour les pouvoirs publics une première nécessité : celle d'être informés, afin d'établir un diagnostic et de prendre éventuellement les mesures adéquates. Enfin, dans la mesure où on multiplie défenses et commandements, il est nécessaire de s'assurer du respect de ceux-ci. Or, il est mauvais de baser une politique sur la répression, singulièrement sur la « répression » civile ». Celle-ci consistera essentiellement en l'annulation qui provoque des troubles, porte atteinte à la sécurité contractuelle, fait des victimes innocentes. Tant que l'ordre public avait un domaine réduit, les inconvénients d'une intervention a posteriori des pouvoirs publics, des juges, n'étaient pas manifestes. Dans la mesure où il y a multiplication des conditions impératives à la validité de ces actes, ces inconvénients deviennent évidents. On s'aperçoit qu'il vaudrait mieux prévenir qu'annuler ».

générales. Finie la correction individuelle au coup par coup !<sup>1577</sup>. Un autre intérêt supposé du système du contrôle administratif préalable est son efficacité présumée : « on attaque le mal à la racine : on prévient l'atteinte avant qu'elle se perpétue, avant que le client soit lié au contrat »<sup>1578</sup>. Il existe d'ailleurs des États comme l'Allemagne, la Suisse et Israël dans lesquels un tel système a été mis en place, qui aboutit dans ses grandes lignes à subordonner toute clause générale à autorisation avant usage dans les contrats individuels. Un tel contrôle est particulièrement poussé en Israël, qui connaît une autorité administrative spécialisée en la matière, le Tribunal des contrats-types<sup>1579</sup>.

Or, tel n'est pas le cas en droit français, où prévaut un auto-contrôle des professionnels, simplement guidés par les recommandations de la commission des clauses abusives, et un contrôle *a posteriori* par le juge judiciaire des obligations s'imposant *a priori* au professionnel. L'intervention étatique se fait la plus discrète possible afin de favoriser au maximum l'autonomie de la volonté, mais une telle discrétion dans les procédés ne peut conduire à faire oublier le caractère impératif des obligations préalables et restrictives de la liberté contractuelle qui s'imposent aux professionnels comme aux consommateurs<sup>1580</sup>. C'est en ce sens que le professeur Farjat concluait dès 1963 que « l'ère de l'autonomie de la volonté est close dans la mesure où la liberté contractuelle a cessé d'être le principe exclusif, mais la liberté contractuelle restant néanmoins la base de notre organisation juridique, un ordre nouveau n'a pas succédé à l'ordre basé sur l'autonomie de la volonté. Il y a simplement variation quantitative des domaines respectifs de la liberté contractuelle et de l'Ordre public au bénéfice de ce dernier »<sup>1581</sup>.

Il résulte donc de ce qui précède qu'un contrôle de la légalité de l'abus de liberté ne varie pas dans ses méthodes selon que l'on observe celui opéré par une autorité de police administrative spéciale ou celles opérées dans le cadre d'une police administrative civile. Ce *continuum*, établi sur le plan du contrôle de légalité de l'abus, achève d'être établi par la mise en évidence d'une telle continuité en matière de contrôle de la licéité de l'abus.

### c) Un contrôle de licéité identique : le contrôle de l'abus de liberté

Lorsqu'elles contrôlent l'exercice d'une liberté par une personne privée ou d'une personne publique agissant comme telle, l'autorité administrative ou judiciaire s'assurent toutes deux que son exercice n'est pas constitutif d'un abus (c-1). Cette police du contrat, qui prolonge la police administrative spéciale des données personnelles, trouve alors dans certains concepts et instruments du droit privé une traduction évidente (c-2).

1577 WESSNER Pierre-A., « Les contrats d'adhésion : quelle protection pour la partie réputée la plus faible », *Revue de droit suisse*, 1986, n° 19, p. 192, in GHESTIN Jacques et FONTAINE Marcel (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 261, 1996, p. 38.

1578 WESSNER Pierre-A., *op. cit.*, p. 38.

1579 GHESTIN Jacques et FONTAINE Marcel (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 261, 1996, p. 38.

1580 MALAURIE Philippe, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 680, à propos des clauses abusives : après avoir évoqué leur sanction principale, à savoir la nullité de la clause reconnue comme telle par le juge, l'auteur évoque les recommandations de la commission des clauses abusives. Évoquant son concours, il considère que « l'effet prophylactique du droit civil ne se produit plus spontanément par le seul effet de la loi. S'y ajoute l'intervention d'une administration – une police administrative civile : la prophylaxie se mêle à des règles préventives directes ».

1581 FARJAT Gérard, *op. cit.*, p. 95.

### c-1) Un contrôle de l'abus non spécifique au droit public

Cette question peut parfois être évoquée sous l'appellation d' « aménagement-encadrement », utilisée par le professeur Dupré de Boulois : ce terme désigne alors l'« organisation de l'exercice des libertés fondamentales. Il se recoupe en partie avec l'aménagement concrétisation puisque, à certains égards, organiser, c'est concrétiser. Cependant, il n'est pas tant question de s'intéresser à l'effectivité des droits et libertés fondamentales qu'à la compatibilité de leur exercice avec d'autres intérêts légitimes »<sup>1582</sup>. Assurer la relativité des droits fondamentaux signifie les rendre compatibles avec d'une part les droits et libertés d'autrui (article 4 DDHC), d'autre part l'intérêt de la société elle-même (article 5 DDHC). En effet, la police administrative spéciale assure une telle fonction de relativisation des droits et libertés mais elle n'est pas la seule : cette fonction ne peut par définition qu'être assurée par l'institution disciplinaire attachée à faire respecter une norme statutaire, que cette institution soit spécifique et nommée, comme dans une telle police spéciale, ou par défaut, et cela incombe alors au juge. Un tel cas de figure se retrouve de manière flagrante dans le domaine des droits et libertés fondamentales<sup>1583</sup>.

Ainsi, dans certains domaines du droit plus spécifiquement étudiés par les auteurs de droit privé, le législateur a failli à assurer la relativité d'une norme dès le stade de sa conception. Cela signifie en clair qu'il a failli à anticiper et à désamorcer tous les points de friction prévisibles entre cette norme nouvelle et le droit positif déjà existant. Le résultat d'une telle carence est alors visible au stade du contentieux, qui a pu voir s'opposer des titulaires de droits ou de libertés prétendant faire un exercice absolu de cette norme nouvelle, au risque de nier le principe même des droits et libertés d'autrui. La théorie de l'abus de droit a alors été élaborée par le juge judiciaire comme un palliatif de l'inaction ou des carences du législateur à anticiper de manière pertinente la relativité des lois qu'il adopte.

Cette création jurisprudentielle se justifie par les obligations pesant sur la fonction de juger : astreints à trancher des litiges sous peine de commettre un déni de justice<sup>1584</sup>, une mauvaise rédaction des textes législatifs pouvait les priver de directives quant aux intérêts à faire prévaloir dans le cadre d'un conflit de droits. Cela explique que le juge ait ressenti le besoin de se forger de tels instruments, comme les principes d'équité et, surtout, la théorie de l'abus de droit. Cette construction réactive de ces instruments par le juge judiciaire justifie que l'on puisse considérer cette police civile générale, selon l'expression précitée de Gilbert Gaillard, comme une police d'improvisation<sup>1585</sup>.

A la base du phénomène de la police civile générale se trouvent donc les carences du législateur à anticiper sur les conséquences de l'application des textes qu'il adopte, ce que stigmatisait déjà de son temps le doyen Hauriou en des termes sans appel : « les lois de plus en plus mal faites, c'est à dire faites le plus souvent en vue d'une seule hypothèse, laissent de plus en plus carrière au pouvoir discrétionnaire du juge qui est obligé de les adapter aux milles hypothèses non prévues, tout conspire à donner à la fois du travail et de l'importance à la jurisprudence et aux arrêtiistes »<sup>1586</sup>. Cela explique ainsi la reconnaissance uniquement jurisprudentielle, voire la réécriture de ces lois opérée par le juge en droit international privé, dans la qualification d'une loi

1582 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Droits et libertés fondamentaux*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2010, p. 185.

1583 Voir *infra*, deuxième partie, titre 2, chapitre 1.

1584 Code civil, article 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable du déni de justice ».

1585 Voir *supra*, introduction générale.

1586 HAURIOU Maurice, « Police juridique et fond du droit », *RTDCiv.*, 1926, p. 310.

de loi de police notamment<sup>1587</sup>. Or, comme l'a relevé Josserand, « Les droits qu'il [le législateur] réglemente ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide ; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui ; ils jouent en fonction de ce milieu, socialement, non pas dans une direction quelconque, mais en vue de fins déterminées et dans un « climat » donné ; leur destinée est de réaliser la justice et ils ne sauraient se rebeller contre elle qu'au prix d'un contre-sens juridique, d'un abus qui appellerait une sanction »<sup>1588</sup>. Et ce qui caractérise ce milieu, c'est de confronter des individus libres et égaux en droit dans leur égale prétention à exercer leurs droits et libertés. La police juridique a alors pour objet la conciliation entre ces deux principes de liberté et d'égalité, aux effets potentiellement contradictoires, comme l'illustre George Ripert : « On s'est aperçu que la liberté contractuelle pouvait compromettre l'égalité par l'abus du contrat. Or plus encore que la liberté, la démocratie aime l'égalité, ou plus exactement elle n'aime la liberté que comme une manifestation de l'égalité. La réglementation, l'interdiction apparaissent alors comme des mesures nécessaires pour défendre l'égalité et, par cela même, la liberté individuelle »<sup>1589</sup>. Assurer la relativité des droits consiste donc en cet exercice périlleux et jamais pleinement et définitivement réalisé de concilier les principes de liberté et d'égalité dans le cadre d'une société donnée.

D'ailleurs, la période au cours de laquelle est apparu en France le procédé de l'abus de droit n'est pas anodine, coïncidant avec la conquête, au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, de l'égalité après celle de la liberté en 1789. Elle correspond au débat entre les libertés réelles et les libertés formelles. En effet, la seule instauration d'un régime de liberté n'est pas suffisante pour permettre à tous les citoyens d'en jouir effectivement. Pour Josserand, le droit issu de la révolution de 1789, « né des excès et des abus de l'Ancien Régime, ce droit, élaboré sous l'influence dominante des philosophes du XVIII<sup>ème</sup> siècle, est marqué au coin d'un individualisme exaspéré ; son objectif essentiel est d'affranchir l'homme de toutes les entraves politiques, juridiques, économiques ou sociales, que l'ancienne France avait fait peser si lourdement sur lui ; et, pour en arriver là, il lui reconnaît, en tant qu'individu, abstraction faite du milieu social auquel il ressortit, des droits préexistants, des prérogatives innées supérieures aux lois et aux conventions humaines : ce sont les « Droits de l'Homme » de la fameuse Déclaration de 1789 »<sup>1590</sup>. Or, le jeu non réglé de cette liberté en société « devait aboutir à l'absolutisme des droits subjectifs ; par elle, l'individu devient un souverain, armé de prérogatives intangibles dont il peut user discrétionnairement, fût-ce à l'encontre de l'État : en projetant « fictivement l'individu hors du milieu social », l'école du droit naturel était fatalement amenée à lui permettre d'exercer ses droits dans une quelconque direction, même asociale, même antisociale »<sup>1591</sup>.

Décrivant cette évolution de la liberté en droit français tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle, Georges Ripert relevait en 1936 deux exigences supplémentaires pour réaliser cette liberté tempérée d'égalité. La première est que la réalisation de cette idée « ne commande pas seulement l'abstention de l'État mais aussi la destruction des puissances privées »<sup>1592</sup>. L'auteur utilise à cet égard l'exemple de l'érosion de la toute puissance paternelle au sein du cercle familial à l'égard de l'épouse et des enfants : sans l'intervention du législateur, seul le père de famille serait effectivement libre dans la cellule familiale. Dans une préfiguration des controverses qui naîtront à la fin du siècle dans le sillage de l'affaire *Commune de Morsang-sur-Orge*, il relève qu'« Il faut

1587 Voir *infra*.

1588 JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1939, p. 3.

1589 RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, pp. 129-130.

1590 JOSSERAND Louis, *op. cit.*, pp. 5-6.

1591 JOSSERAND Louis, *op. cit.*, p. 6.

1592 RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, p. 116.

prendre garde d'ailleurs que l'homme ne détruise lui-même, en l'exerçant, la liberté que la loi lui donne. *Il est des âmes d'esclaves ; le législateur ne saurait permettre la servitude volontaire.* Le contrat, manifestation de la liberté, ne peut pas compromettre pour l'avenir la liberté de celui qui s'est volontairement, mais imprudemment lié »<sup>1593</sup>. L'auteur donne à cet égard l'exemple de l'article 6 du code civil, apte selon lui à prévenir ou à réprimer de tels troubles.

Cette période voit la création par la loi mais aussi par la jurisprudence d'un attelage juridique permettant de faire avancer de front sans trop se heurter ces deux chevaux rétifs que sont la liberté et l'égalité. Ce projet politique se traduit en droit, de manière informelle, par le développement systématique d'une réglementation de l'usage abusif des droits et libertés. Constitue un acte abusif « l'acte antifonctionnel, l'acte contraire à l'esprit d'un droit déterminé ; d'intentionnel qu'il était autrefois, le critère est devenu social »<sup>1594</sup>. Le développement de cette police a alors pour fondement le succès des idées socialistes, devenant progressivement un correctif de plus en plus effectif de la liberté proclamée en 1789<sup>1595</sup>.

Il est donc logique que soient apparus à peu près au même moment dans l'ensemble des branches du droit une évolution nommée ou non du concept de police dans le sens d'un instrument de la relativité des droits et libertés en société. Ainsi, en droit administratif apparaît, dans les écrits de Maurice Hauriou, le concept de police administrative spéciale<sup>1596</sup>. Ainsi, en droit international privé apparaît le concept de loi de police<sup>1597</sup>. De manière innommée, dans la jurisprudence judiciaire, apparaît la théorie de l'abus de droit. Bref, pour le dire autrement, au début de la III<sup>ème</sup> République, « un système juridique d'ordre réaliste et socialiste remplace le système juridique antérieur qui était d'ordre métaphysique et individualiste »<sup>1598</sup>, en ce qu'il tend à anticiper, prévenir et organiser rationnellement et, le plus souvent *a priori*, les conflits de droits.

C'est toutefois en droit administratif que ce développement apparaît comme le plus visible. L'adoption de ces grands textes républicains visant à consacrer et à aménager des libertés publiques s'explique alors par la volonté de rendre prévisibles les conflits de lois entre leur exercice et celui d'autres droits et intérêts préexistants. Ainsi, Josserand qualifie le régime de certaines de ces grandes libertés comme celles de pensée, du commerce, d'association : « nous allons constater qu'elles ne sont point absolues et que les limites objectives qui leur ont été tracées par le législateur se doublent d'une compression d'ordre fonctionnel et finaliste qui s'oppose à ce qu'elles dégénèrent en licences : pour elles, comme pour les différents droits dans lesquels elles se concrétisent, l'usage licite finit là où commence l'abus, c'est à dire avec le détournement de l'institution par rapport à l'esprit dans lequel elle doit régulièrement fonctionner »<sup>1599</sup>.

A côté de ces polices administratives spéciales, la police civile générale peut s'entendre de l'ensemble des correctifs au libre jeu de la volonté, issu de la théorie générale et du droit des contrats, et ayant pour objet d'assurer la relativité des droits et des libertés. Ces correctifs sont pour l'essentiel et dans un premier temps jurisprudentiels car si les révolutionnaires avaient posé

1593 RIPERT Georges, *op. cit.*, p. 124.

1594 JOSSERAND Louis, *op. cit.*, p. 8.

1595 RIPERT Georges, *op. cit.*, p. 130 : « C'est en ce sens que le socialisme a pu se réclamer des principes de la Révolution. « Le socialisme, disait Jaurès, est l'individualisme logique et complet ; il continue, en l'agrandissant, l'individualisme révolutionnaire » ».

1596 Voir *supra*, introduction générale.

1597 Voir *infra*, même chapitre, section 2.

1598 DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. XI.

1599 JOSSERAND Louis, *op. cit.*, p. 214.

le contexte de base d'une société peuplée d'individus libres et égaux en droits, ils n'en avaient pas forcément tiré toutes les conséquences sur le plan juridique. Or, ce nouveau paradigme révolutionnaire de la liberté et de l'égalité en droit implique logiquement, mais implicitement seulement, une limitation des droits subjectifs et des libertés imposée par le cadre social dans lequel ils s'expriment.

### *c-2) Un contrôle de l'abus effectué en droit privé dans le cadre de la police du contrat*

Certains concepts du droit des contrats prolongent directement, en droit privé, les effets de la police administrative spéciale des données personnelles. Ainsi, le contrôle de l'abus présente-t-il une parfaite identité théorique de fonction avec la fonction de relativisation des droits et libertés opérée par les polices administratives. En droit privé, cette police s'incarne essentiellement, pour ce qui concerne l'ordre interne<sup>1600</sup>, dans la théorie de l'abus de droit. La théorie de l'abus de droit est précisément issue de l'idée qu'il existe, dans chaque consécration par le législateur d'un droit ou d'une liberté, une fonction sociale en plus d'une fonction purement privée. L'abus de droit ou de liberté naît d'un exercice d'une prérogative juridique conforme à sa lettre mais non à son esprit, c'est à dire à sa fonction sociale non écrite.

Le parallèle entre la fonction de l'abus de droit et celle de la police administrative est alors flagrant, et révèle très nettement une identité dans la fonction de police. Tous deux, police administrative et abus de droit, ne constituent alors que des moyens différents mais complémentaires de réaliser une même fin, celle de la relativité des droits et libertés dans une société dans laquelle les hommes sont libres et égaux en droit. Le terme même de police est d'ailleurs parfois employé par les auteurs privatistes pour décrire la fonction de l'abus de droit<sup>1601</sup>.

Ce parallèle entre les fonctions de la police administrative et de la police civile est poussé à son paroxysme en droit international privé. En effet, la spontanéité de l'emploi du terme de police contractuelle en droit privé interne contraste avec le caractère assez développé et méthodique des analyses ressortant du droit international privé<sup>1602</sup>. Cette matière constitue, pour ainsi dire, une projection du droit civil interne sur les relations internationales. Le principe dominant y est considéré comme celui de l'autonomie de la volonté dans le choix de la loi applicable aux relations contractuelles. Il existe toutefois des exceptions à ce principe de liberté, au nombre desquels figure la notion de loi de police<sup>1603</sup>.

Or, ce terme permet de désigner de manière unitaire deux fonctions de procédé distinct mais partageant une finalité commune sous l'étiquette de police en droit privé. La première est une fonction de police administrative spéciale internationalisée, c'est à dire qu'elle est en tout point analogue à celle d'une police administrative spéciale, d'origine interne mais qu'elle projette ses

1600 Le cas du droit international privé, au travers du concept de loi de police, sera évoqué *infra*.

1601 CADIET Loïc et LE TOURNEAU Philippe, « Abus de droit », Répertoire civil, 2002, §76 : Pour les professeurs Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, l'abus de droit est « un instrument de police des droits subjectifs par rapport à la finalité que leur assigne le droit objectif. Sa fonction est double. En premier lieu, du point de vue des droits subjectifs, (...) [il] apparaît comme un moyen de résoudre les conflits entre les différents usagers d'un même droit (...). Mais, en second lieu, cette police des droits subjectifs est assurée au regard de l'ordre juridique, par référence aux limites qui leur sont assignées par le droit objectif ».

1602 Les développements relatifs au droit international privé dans ce paragraphe sont sommaires à dessein, les objectifs de la matière et surtout la notion de loi de police étant exposés de manière plus approfondie *infra*, section 2.

1603 Voir *infra*.

effets sur les relations internationales<sup>1604</sup>. La seconde est une fonction de police contractuelle internationalisée, c'est à dire d'encadrement de la seule portée internationale de la liberté interne de contracter.

Une telle parenté avec la notion de police administrative est encore accentuée par les analyses de certains auteurs. En effet, dans certains écrits doctrinaux se trouvent distinguées, au sein des lois de police, les « normes de droit public » des « lois d'application immédiate de droit privé (...) qui définissent impérativement le contenu du contrat »<sup>1605</sup>. Le professeur Patrick Kinsch distingue ainsi entre deux types de lois de police : les « règles de décision » et les « règles de conduite ». Les premières constituent, selon le terme qu'il invente, des « lois de police contractuelle »<sup>1606</sup>, tandis que les secondes constituent, selon une expression plus courante en droit international privé, des « lois de droit public ». Ce faisant, il systématise une distinction établie par le professeur Jacquet entre les « lois de police ayant pour objet le rapport contractuel en tant que tel » et les « lois de police ayant seulement pour objet un comportement trouvant sa source dans un contrat »<sup>1607</sup>. Il distingue ainsi entre l'encadrement international de la liberté de moyen qu'est le contrat, et celui de n'importe quelle autre liberté de fin. Ainsi, l'encadrement international de l'exercice de la liberté de prestation de services peut soit porter sur cette liberté même (police du « comportement »), soit sur la liberté contractuelle qui prolonge cette première liberté (police du contrat). Cette distinction a été également perçue, en des termes encore plus explicites, par les professeurs belges Rigaux et Fallon: « on ne confondra pas la problématique des lois de police contractuelle avec celle, voisine, des lois de police interdisant, sous peine de sanctions de nature répressive ou administrative, un comportement déterminé », étant entendu que « seules les premières intéressent le contenu même du régime contractuel, décrivant les droits et obligations issus du contrat »<sup>1608</sup>. Ce faisant, ces auteurs établissent une identité de la fonction de police dans l'ordre international, au delà de la différence des procédés -réglementaires ou contractuels-employés.

Or si une telle unité de fonction justifie alors l'emploi du terme de police entre procédés réglementaires et procédés contractuels dans l'ordre international, on ne voit pas ce qui empêcherait de relever un rapprochement similaire dans l'ordre interne.

Il résulte de ce qui précède que la fonction de police constitue, du point de vue de la stricte technique juridique, un procédé de relativisation des droits et libertés de titulaires libres et égaux en droit. Déployant ses manifestations essentiellement en droit public, avec le concept de police administrative, elle se voit doublée, de manière bien plus discrète, par une police civile soit par son environnement, soit par ses procédés.

### **3) Une privatisation du phénomène policier impliquant la mise au jour d'une échelle de policierité**

L'intérêt des développements précédents est de donner des premiers éléments de réponse à une hypothèse : celle selon laquelle le régime de la liberté de traitement des données personnelles défini dans le droit du même nom peut légitimement être qualifié de police et non de régulation,

1604 Sur la notion et ses applications, notamment en droit des données personnelles, voir *infra*, section 2.

1605 KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 240, 1994, pp. 429-430.

1606 KINSCH Patrick, *op. cit.*, p. 431.

1607 JACQUET Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, thèse, Economica, 1983, n° 432 et s.

1608 RIGAUX et FALLON, *Droit international privé*, tome 2 : droit positif belge, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, 1993, n° 1280.

quand bien même il ne comporterait pas des éléments considérés comme ressortant strictement des procédés dits classiques de la police administrative, *a fortiori* spéciale. A été notamment mise à jour l'évolution « postmoderne » du régime de la police spéciale des données personnelles.

L'intérêt des développements subséquents est de systématiser les résultats obtenus *supra*. Dans cette optique, il est possible d'en déduire que la police administrative a pour fonction d'assurer la relativité d'une liberté, qu'elle soit indéfinie dans le cadre de son volet général, ou définie dans le cadre de sa variante spéciale. Or, la production d'une telle relativité n'est pas le seul apanage de la forme administrative prise par la police. Nous soutenons qu'il existe un *continuum* entre cette fonction en droit public et ses manifestations en droit privé (a) et que la seule différence fondamentale entre les volets administratif et civil de la police réside dans l'intensité de la restriction préventivement apportée à l'exercice d'une liberté, justifiant ainsi la construction d'une échelle de policarité (b).

Dans ces conditions, bien que caractérisée de plus en plus par l'emploi de procédés empruntant au moins en apparence au droit privé et/ou au droit souple, il n'existe pas de pertinence à employer le terme de régulation en lieu et place de celui de police administrative spéciale pour désigner le droit des données personnelles, la fonction de police n'étant réductible ni au seul droit public, ni au seul droit « dur ».

a) L'enjeu : réintégrer l'effrangement des polices administratives spéciales dans le giron de la police, au détriment de la notion de régulation

Si une police administrative spéciale doit aménager une liberté spécifique avec les autres droits et intérêts nécessaire à la vie sociale, elle ne peut être aménagée que dans la mesure nécessaire à la réalisation de ce but. Dès lors qu'il existe d'autres moyens permettant d'atteindre ce but, il paraît logique, dans un contexte libéral, c'est à dire de production de la plus grande liberté possible, de les employer. C'est ce qui s'est passé depuis les années 1970, qui marquent en France l'essor d'un phénomène de diffraction ou plutôt d'effrangement systématique des régimes classiques de police administrative spéciale, pour l'essentiel dans le périmètre d'intervention de cette nouveauté que constituaient alors les AAI. Du reste, une telle évolution n'est pas passée inaperçue, le professeur Teitgen-Colly concluant à cet égard que « la création des autorités administratives indépendantes invite à renoncer à une conception trop classique de l'élaboration du droit et à accepter l'idée d'une gradation dans la normativité »<sup>1609</sup>.

Cette idée de gradation a été reprise et développée récemment par les travaux effectués par le professeur Catherine Thibierge sur les textures du droit<sup>1610</sup> ainsi que dans le récent rapport du Conseil d'État consacré au droit souple<sup>1611</sup>. En effet, pour cet auteur, la texture du droit est susceptible d'évolution, vers un amollissement ou un durcissement. Seul le premier cas nous intéresse en l'espèce, celui de « L'assouplissement, voire l'amollissement du droit dur par perte

1609 TEITGEN-COLLY Catherine, « Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution », in COLLIARD Claude-Albert et TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 46.

1610 THIBIERGE Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDCiv.*, Octobre/Décembre 2003, pp. 599-628.

1611 CONSEIL D'ETAT, *Le droit souple*, étude annuelle 2013, La Documentation Française, 2013, p. 9 : « Il existe également des règles de droit qui, tout en ne remplissant pas cette condition, créent des obligations définies en termes lâches, qui ménagent en pratique une certaine souplesse d'application à ceux qui y sont assujettis. C'est règles s'insèrent dans une *échelle de normativité graduée* entre le droit souple et le droit dur ».

d'effectivité ou par perte de sanction. Il suffit de penser au non respect de la loi Evin ou à la non application des sanctions pénales de l'interruption volontaire de grossesse avant la réforme de 1975. Des coutumes ou des pratiques contraires se développent et la règle sort du champ du juridique – ou, si l'on refuse le réalisme cru du principe de désuétude, plonge dans un sommeil parfois sans retour »<sup>1612</sup>. Ses travaux se fondent sur la remise en cause de la pertinence de la distinction entre droit dur et droit souple : « la complexification croissante du droit ne permet pas de se satisfaire d'une dichotomie entre droit dur et souple, par trop simplifiante pour rendre compte des nuances entre les diverses textures. C'est précisément dans ce type d'hypothèse, lorsque la logique binaire se révèle trop réductrice, que la logique floue, logique de gradation, peut utilement prendre le relais : droit plus ou moins dur ou souple, il y a place pour des degrés »<sup>1613</sup>. Cet auteur propose alors une double échelle mesurant la force du droit. Elle se décline sur « deux modes techniques : force obligatoire qui répond à la question de savoir s'il s'impose, et force contraignante à celle de savoir comment il le fait. (...). Déclinées en gradation, elles forment une double échelle : échelle de normes plus ou moins obligatoires et échelle de sanctions plus ou moins contraignantes »<sup>1614</sup>.

Mais si ces travaux permettent de préciser cette idée intéressante de gradation, ils n'aboutissent pas pour autant à amener à remettre spécifiquement en cause la séparation droit public/droit privé en matière de police. Or, c'est bien ce qui est soutenu ici à ce stade du raisonnement : l'équilibre initialement défendu par la police spéciale est maintenu, seuls changent les moyens d'y parvenir. Ces derniers se trouvent allégés en vue de garantir, d'une part, le plus grand degré de liberté possible à leurs titulaires et, d'autre part, l'efficacité de l'action publique<sup>1615</sup>. Cet allègement postmoderne ne s'analyse pas *a priori* comme un recul des obligations de police administrative spéciale mais bien comme un redéploiement de la réglementation classique de police sur les terres du droit privé.

Or, le terme de régulation tend à être utilisé pour décrire cette tendance, qui ne constitue au fond qu'une évolution de la notion de police administrative spéciale.

Le professeur Jacques Chevallier relève à cet égard l'existence d'un phénomène de « « publicisation » de la régulation privée » passant par un encadrement contractuel des relations entre l'autorité chargée de contrôler un domaine d'activité et les personnes contrôlées. Ce phénomène passe ainsi par le développement de la pratique contractuelle de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), du CSA et de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), dans le cadre de leurs missions de contrôle respectives<sup>1616</sup>. Le développement de cette « régulation contractuelle » par les AAI a fait l'objet d'études approfondies du point de vue du droit privé, dans le cadre limité du droit de la concurrence d'une part, avec la thèse du Professeur Muriel Chagny<sup>1617</sup>, dans le cadre du droit général des obligations, avec la thèse de Merryl Hervieu consacrée au sujet *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*<sup>1618</sup>.

Une telle « publicisation des relations privées » n'est pas propre au domaine d'intervention des

1612 THIBIERGE Catherine, *op. cit.*, p. 616.

1613 THIBIERGE Catherine, *op. cit.*, p. 617.

1614 THIBIERGE Catherine, *op. cit.*, p. 617.

1615 Le sens de cette double dynamique sera précisé *infra*.

1616 CHEVALLIER Jacques, « Contractualisation et régulation », in CHASSAGNARD-PINET Sandrine et HIEZ David (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, pp. 89-90.

1617 CHAGNY Muriel, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004.

1618 HERVIEU Merryl, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 118, 2012.

AAI mais constitue, bien davantage, une tendance générale, constatée dans les mêmes termes par des auteurs privatistes comme le professeur Rochfeld hors secteur des « autorités de régulation »<sup>1619</sup>. Ainsi, cette dernière décrit ces contrats insolites qui « paraissent se contenter de reprendre des obligations légales ou réglementaires, qui pèsent déjà sur leur débiteur »<sup>1620</sup>, à l'instar du contrat relatif au Plan d'Aide au Retour à l'Emploi (PARE) et du contrat d'accueil et d'intégration créé par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 et le décret du 23 décembre 2006. Les deux « contractualisent » une obligation légale préexistante : dans le premier cas, celle de rechercher activement un emploi en échange des bénéfices d'une inscription à Pôle Emploi, dans le second, l'obligation, pour les étrangers non communautaires, d'apprentissage de la langue française et les éléments permettant son intégration dans la société française. Dans tous ces exemples, qu'ils soient relatifs aux actes des AAI ou non, « on conviendra évidemment qu'il s'agit d'une instrumentalisation du contrat : en tant qu'acte censément accepté par la volonté libre des parties, il se trouve ici mis au service de l'action publique pour imposer plus facilement aux intéressés des obligations légales et tendre à un meilleur respect de ces dernières, voire à un contrôle social renforcé »<sup>1621</sup>.

Mais plutôt que d'évoquer une telle « publicisation » de la régulation privée, n'est-il pas plus pertinent d'évoquer en termes modernes une « privatisation » de la « régulation publique », ce que Georges Renard anticipait dès les années 1930 comme « la réaction du droit administratif sur le droit privé »<sup>1622</sup>?

En droit public, l'hypothèse d'une telle mutation des modalités de la police administrative n'a à notre connaissance pas été soutenue, laissant ainsi le champ libre aux analyses réalisées par ces auteurs privatistes. Pourtant, une telle hypothèse permet d'intégrer ces nouveautés, en partie apparentes, à la théorie de la police administrative et, par là même, d'en donner une appréhension plus claire.

b) Le moyen : la mise en œuvre d'une échelle graduée d'intensité d'atteinte à une même liberté

Le recours à cette expression d'échelle se justifie parce qu'il est particulièrement utilisé en droit pour permettre de dépasser ou, à tout le moins, de relativiser la séparation droit public/droit privé (a-2). Si une telle démarche de recherche d'unité de l'ordre juridique français a pu être menée par de nombreux auteurs pour certaines notions, comme celle d'acte unilatéral, d'acte contractuel ou

1619 ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, pp. 450-451 : « on constate aujourd'hui un mouvement de « contractualisation » des politiques publiques et du droit, au sens où, pour mener des politiques étatiques, les pouvoirs publics préfèrent parfois passer par l'instrument que constitue le contrat plutôt que par la loi ou le règlement. Ce mouvement est apparu dans les années 1960-1970. Il s'est établi sur le fondement de deux idées : la concertation dans l'élaboration de la norme faciliterait son acceptation par les citoyens et, partant, son effectivité ; la confrontation des avis divergents, au cœur de la négociation contractuelle, favoriserait l'émergence d'objectifs communs partagés ».

1620 ROCHFELD Judith, « La contractualisation des obligations légales », in LEWKOWICZ Gregory et XIFARAS Mikhaïl (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 261.

1621 ROCHFELD Judith, *op. cit.*, p. 265.

1622 RENARD Georges, « L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, 1934, rééd., Topos Verlag AG-Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 78. L'auteur en fait sa conclusion de l'historique qu'il brosse des relations entre le droit administratif et le droit civil : « le droit administratif a d'abord pris modèle sur le droit privé ; ce fut la première phase de son élaboration scientifique ; puis il s'est établi en système autonome ; aujourd'hui, c'est la réaction du droit administratif sur le droit privé ».

de responsabilité extra-contractuelle<sup>1623</sup>, tel n'a pas été le cas, à notre connaissance, pour celle de police. La raison à cela réside, à notre sens, dans une appréhension tronquée par une partie de la doctrine de la fonction de police. Cela a conduit à développer une définition de la police artificiellement calquée sur la séparation tout aussi artificielle entre droit public et droit privé (a-1).

#### a-1) Les raisons de l'absence d'une telle échelle

Si dans le champ de la police, la question de la remise en cause de la séparation droit public/droit privé ne s'est pas posée mais a emprunté le véhicule commode de la notion de régulation, c'est aussi parce que l'idée même d'une police civile qui serait le prolongement de la police administrative générale ou d'une police spéciale, si elle a pu être évoquée, n'a fait à notre connaissance l'objet d'aucune étude d'ensemble et est restée absente des débats relatifs à la pertinence de la séparation entre droit public et droit privé<sup>1624</sup>. A notre connaissance, au sein de cette problématique, seul le professeur Brethe de la Gressaye a pu évoquer cette hypothèse, mais seulement pour la rejeter immédiatement<sup>1625</sup>. Il justifie cette exclusion en considérant qu'un tel procédé est par nature étranger au droit privé<sup>1626</sup>. Une telle opinion pouvait tout à fait être soutenue à l'époque de sa contribution, au sortir de la seconde guerre mondiale. Aujourd'hui, il n'est plus possible de la partager à raison de l'évolution du droit positif. Néanmoins, une telle exclusion tend à persister de nos jours pour trois raisons.

Les fondements de cette absence d'étude d'ampleur des procédés de police civile se trouvent à notre sens dans la distinction établie par Maurice Hauriou entre « police juridique » et « fond du droit »<sup>1627</sup>. En effet, le doyen toulousain considère que « Dans les pays à régime administratif fortement constitué comme la France, le droit administratif semble s'être séparé du droit civil pour absorber en lui tout ce que ce droit contenait antérieurement de police juridique et de directives et ne laisser à ce droit civil épuré que le fond du droit dans un ensemble cohérent de règles de droit »<sup>1628</sup>. Cette conception instaure une séparation artificielle et dommageable pour l'unité de la

1623 Pour un recensement des travaux relativisant cette séparation entre droit public et droit privé pour ces droits notions, voir VAN LANG Agathe, *Juge judiciaire et droit administratif*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 183, 1996, pp. 102-111.

1624 Ainsi, dans une récente et très importante étude en la matière, aucune référence n'est faite à la notion de police, alors même que l'angle adopté par l'auteur est particulièrement étendu, et son analyse tout autant approfondie. Voir ANTIPPAS Jérémy, « L'utilisation du droit administratif en droit civil », *RFDA*, juillet-août 2014, pp. 795-816.

1625 BRETHER DE LA GRESSAYE Jean, « Droit administratif et droit privé », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome 1, LGDJ, 1950, pp. 306-307 : « Laissant rapidement de côté la partie du Droit administratif concernant le pouvoir de police, qui échappe à peu près à toute comparaison avec le Droit privé ». Il faut toutefois signaler un ouvrage, THULLIER Béatrice, *L'autorisation. Étude de droit privé*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 252, 1996. Ce dernier a pour objet de mettre au jour une définition de la notion d'autorisation propre au droit privé et aurait pu prêter à une étude de droit interne comparé sur la notion de police. Mais tel n'est pas le cas, le terme même de police administrative n'est que mentionné dans le corps du texte, sans justifier de développements particuliers ni même figurer dans la table des matières.

1626 BRETHER DE LA GRESSAYE Jean, *op. cit.*, p. 307 : « Une partie essentielle du Droit administratif est constituée par la police, la réglementation des libertés individuelles afin de les contenir dans de justes limites compatibles avec l'ordre public. (...). C'est la manifestation la plus vigoureuse de l'autorité de l'Administration, de son pouvoir de commandement. (...). Le Droit administratif vient mordre alors sur le Droit privé, dans la mesure où il restreint l'exercice des droits privés, notamment de la liberté de contracter. Et aucun pouvoir ne se retrouve en Droit privé, où aucun particulier n'a autorité sur les autres ».

1627 HAURIUO Maurice, « Police juridique et fond du droit », *RTDCiv.*, 1926, pp. 265-312.

1628 HAURIUO Maurice, *op. cit.*, p. 277.

notion de police entre la police juridique, aspirée soit disant toute entière par le droit administratif, et le fond du droit laissé au droit privé. L'intérêt de cette notion de police juridique, une fois établi qu'elle intervient également en droit privé, est de conférer une unité conceptuelle à l'échelle de policierité.

Ce mouvement d'aspiration par le droit public de l'ensemble des normes relatives à l'encadrement des activités résulte selon cet auteur du constat de l'ineffectivité des seuls concepts du droit privé et de la résolution des litiges devant les tribunaux judiciaires pour certaines matières techniques<sup>1629</sup>. Dans cet article, il observe un processus similaire survenu une décennie avant sa contribution aux États-Unis, en matière de droit de la concurrence : « Ce qui s'est passé en France au XVII<sup>ème</sup> siècle, se produit aux États-Unis d'Amérique au XX<sup>ème</sup> (...). Pour l'application de la loi *Sherman* contre les *trusts*, c'est à dire pour la distinction des bons et mauvais *trusts*, l'action de la Cour supérieure de justice ne fut pas suffisante. Il fallut par l'*act* du 26 septembre 1914, créer une police publique du commerce au moyen d'une commission administrative qui fût destinée à servir : 1° d'organe d'information et de publicité ; 2° d'organe de jugement pour les causes qui, par leur caractère économique, échappent à la compétence des cours de justice ordinaires »<sup>1630</sup>. Cette police administrative spéciale, Hauriou la qualifie de « police juridique (...) des *trusts* »<sup>1631</sup>, ce que nous appellerions aujourd'hui en bon français « police de la concurrence ».

Une cause supplémentaire à cette absence d'étude peut également être trouvée dans l'assimilation du droit de la police à des procédés de droit dur. En effet, un des intérêts de l'emploi du terme de régulation est qu'il permet de désigner des procédés de droit souple ou négociés. De tels procédés paraissent par nature exclus pour les polices. La raison semble en être une conception excessive de l'État dit de police<sup>1632</sup>. Selon cette conception, « la toute puissance de l'État s'exprime par un droit fort, sanctionné, coercitif », dans le cadre d'une « conception théologique et autoritaire [qui] marquera le droit pour longtemps »<sup>1633</sup>. Attaché à cette image, la police excluait ainsi le recours à des procédés souples et/ou négociés. Dans ces conditions, le recours à la notion de police administrative spéciale pour désigner l'ensemble du droit des données personnelles ne serait pas pertinent dans la mesure où ce dernier comporte, ainsi qu'il a été établi *supra*, un nombre croissant de dispositions impliquant soit du droit souple, soit la participation active des personnes privées à l'opération de contrôle.

Or, l'examen de certains domaines du droit privé comme le droit de l'état civil ou celui de la

1629 HAURIOU Maurice, *op. cit.*, pp. 292-293 : « Si (...) les matières progressivement enlevées à la compétence des tribunaux judiciaires pour passer dans celle des intendants, furent les matières de police juridique, ce fut pour deux raisons. D'abord la nécessité de l'action d'office ; sans doute, il y en avait une des tribunaux d'ancien régime, mais irrégulière et chaotique, tandis qu'il eût fallu une police préventive à l'action vigilante et suivie. Ensuite, la nécessité d'une compétence technique d'expert qui dépassât la compétence purement juridique des magistrats de formation judiciaire.

A un moment donné, par suite du développement économique et des relations nouvelles qu'il entraîna et qu'il fallut organiser au plus vite par la police juridique, il se produisit un écart entre la tâche à accomplir et la compétence du personnel judiciaire. Ce fut donc une crise de compétence qui amena la formation du personnel administratif ».

1630 HAURIOU Maurice, *op. cit.*, p. 293.

1631 HAURIOU Maurice, *op. cit.*, p. 294.

1632 MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Droit et société, n° 26, LGDJ, 1999, p. 38 : l'idée d'un « droit public contraignant » par nature serait « l'héritage le plus important de l'État de police. L'idée que l'État impose ses commandements de manière unilatérale a régné tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle. Cette conception du droit-contrainte, du droit sanctionné par la force, était si forte qu'elle a été considérée comme caractérisant le droit tout entier. Cette conception était pourtant excessive ».

1633 MORAND Charles-Albert, *op. cit.*, p. 38. Pour des développements plus substantiels, voir TIMSIT Gérard, *Les noms de la loi*, PUF, 1991, p. 12 et ss.

consommation révèle l'inadéquation d'une telle conception au droit positif. Ce dernier laisse voir une continuité assez naturelle des procédés policiers du droit public vers le droit privé, soit que l'on constate une transposition pure et simple des moyens et des fins de la police administrative comme en matière de droit de l'état civil, soit que l'on constate une transposition des seules finalités, accomplies par des procédés de droit privé, comme en matière de droit de la consommation.

Enfin, un tel *continuum* n'a pu être établi entre les manifestations de la fonction policière en droit public et en droit privé parce que la soumission de la liberté contractuelle aux techniques d'aménagement des libertés publiques, si elle a bien été perçue, a été étiquetée par la doctrine comme un phénomène réductible ni au droit public, ni au droit privé, mais à un tiers droit, dominé par les notions de « droit économique » et/ou de « ordre public économique », ainsi que de « contrôle » et, plus récemment, de « régulation »<sup>1634</sup>.

#### a-2) Définition d'une échelle de policierité

Roger Latournerie a, le premier à notre connaissance, proposé la reconnaissance à côté de la catégorie du service public des catégories d'activité publique d'intérêt général et d'activité publique réglementée. En effet, il considère que « de même qu'il existe, en droit privé, outre les activités d'intérêt général, des activités simplement réglementées, on trouve en droit public – et il y a là encore, un point pourtant capital, qui n'a pas été mis en évidence, ni même entraperçu – des activités de ce dernier genre »<sup>1635</sup>. Pour le dire autrement, « il existerait une sorte d'échelle des activités menées par la puissance publique dont le degré supérieur serait l'activité de service public et le degré inférieur l'activité publique réglementée »<sup>1636</sup>. Pour qu'une telle qualification soit possible, « il faut que l'objet de cette activité ne puisse être rattaché à l'organisation interne de l'administration. Il faut en d'autres termes que la personne publique se trouve dans une situation comparable à celle de la personne privée. Il faut que l'activité de la personne publique se situe en dehors du système administratif. Ce n'est que lorsque la puissance publique agit en tant que personne privée, que l'objet de son activité n'est pas directement rattachable aux fins qu'elle poursuit normalement comme personne publique qu'elle peut être et qu'elle est en fait réglementée. L'exemple le plus net est sans doute celui de la réglementation qui s'applique à la gestion du domaine privé »<sup>1637</sup>.

Or, cette échelle permettant d'enserrer de manière large l'activité de service public et de police administrative de l'État peut trouver une utilité à se voir réduite aux seules activités policières. Le but ultime de la définition d'une telle échelle en matière de droit des données personnelles est de redonner une certaine unité, et donc une certaine simplicité, à ce qui est considéré par certains comme « un régime hybride mêlant tout à tour des procédures administratives, le principe de territorialité de la loi pénale et des mécanismes contractuels qui pourraient être rapprochés du droit de la consommation »<sup>1638</sup>. Une telle démarche connaît un certain nombre de précédents, dans d'autres domaines du droit public.

1634 Voir *supra*, introduction générale.

1635 LATOURNERIE Roger, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, p. 147, note n° 1.

1636 HECQUARD-THÉRON Maryvonne, *op. cit.*, p. 100.

1637 HECQUARD-THÉRON Maryvonne, *op. cit.*, p. 101.

1638 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 55.

A notre connaissance, le premier emploi de cette expression en droit public apparaît sous la plume de Léon Duguit, pour caractériser l'échelle de domanialité. La démarche qu'il opère est alors de repérer un fil conducteur permettant d'établir la continuité de régimes en apparence disparates. En l'espèce, cet élément commun est celui de la notion de service public<sup>1639</sup>. Ce fil conducteur sert d'élément fixe, qui sera gradué en fonction du degré de sévérité des mesures observées<sup>1640</sup>.

Le procédé de l'utilisation d'une échelle d'exorbitance en lieu et place de la séparation droit public/droit privé sera par la suite repris par des auteurs administrativistes<sup>1641</sup> mais, jamais à notre connaissance, dans le domaine de la police. La raison peut en être attribuée à la fortune du concept de régulation qui, en matière de police, permet implicitement de relativiser la séparation droit public/droit privé. L'application du concept d'échelle d'exorbitance au domaine de la police présente le mérite de rendre explicite cette relativisation et, par là même, de réinsérer le discours doctrinal relatif aux polices administratives spéciales dans le mouvement général d'évolution du droit public, alors que les discours relatifs à la régulation tendaient à l'estomper.

Dans une telle optique, il est possible de considérer qu'en matière de police, il y a finalement assez peu de différences entre la catégorie la moins exorbitante de la police de droit public et la catégorie la plus exorbitante de la police de droit privé. Pour définir l'échelle de policierité par analogie avec celle de domanialité, il conviendrait tout d'abord de préciser le sens de l'exorbitance dans le domaine de la police. En l'espèce, elle se caractériserait par une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté, ce dernier constituant le droit commun. L'analogie s'établirait alors comme suit : il y a finalement assez peu de différences entre la catégorie la moins liberticide de la police administrative et la catégorie la plus liberticide de ce que l'on doit bien se résoudre à nommer police civile<sup>1642</sup>. En fait, il y a d'autant moins de différences qu'en matière de droit des données personnelles, les échelons supérieurs de la police civile constituent explicitement un redéploiement des échelons inférieurs du régime de police administrative spéciale<sup>1643</sup>.

Le fil conducteur de cette échelle de policierité est le contrôle de l'abus de liberté, qui ne constitue en lui-même qu'un aspect de la relativisation des droits et libertés en société.

En effet, la police administrative, générale ou spéciale, en tant que procédé disciplinaire de l'institution libérale, s'inscrit dans une fonction plus générale d'ordonnement du système juridique. A ce titre, elle ne constitue qu'un des procédés permettant d'assurer la relativité de

1639 DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 2<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1923, p. 325 : «et c'est ici qu'apparaît l'échelle de domanialité dont je parlais plus haut. Suivant la nature de la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi, la domanialité est différente, le régime juridique n'est pas le même, les règles qui s'appliquent sont diverses ; mais la notion de service public est toujours là qui établit le principe directeur ».

1640 *Ibid.*, p. 341 : « J'ai dit plus haut qu'il y avait comme une échelle descendante dans la domanialité publique ; il en est de même pour l'inaliénabilité. Les règles qui dominent la compétence des agents publics préposés à la gestion du domaine public sont d'autant moins sévères que la domanialité publique est moins accusée ; elles le sont d'autant plus, au contraire, que la domanialité est accentuée ».

1641 Pour un recensement de ces différents domaines, voir ECKERT Gabriel, « Droit administratif et droit civil », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, Yolka Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, 2011, pp. 641-642.

1642 Le sens de cette expression est défini *supra* comme des procédés de police préventive s'exprimant sous la forme de mécanismes du droit privé. L'expression n'est pas employée comme double opposé de « police militaire », ainsi que l'utilise notamment Maurice Hauriou : voir HAURIOU Maurice, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1916, p. 576.

1643 Voir *supra*, à propos de la réforme en cours du droit des données personnelles dans le cadre du projet de règlement de janvier 2012.

droits et de libertés exercés par des individus libres et égaux. Cet équilibre entre la liberté des uns et le respect effectif des valeurs et intérêts nécessaires à la vie en société, autrement dit cet ordre public général ou spécial, peut être atteint par des procédés ne relevant ni de la police administrative ni de procédés relevant formellement du droit public. Dans le cadre de cette fonction plus vaste, des procédés autoritaires et négociés tendent effectivement à compléter ou se substituer à des polices administratives existantes. Mais ces procédés peuvent également leur préexister dans le cadre de mécanismes autonomes du droit privé<sup>1644</sup>, à l'instar de la théorie de l'abus de droit<sup>1645</sup>.

Il est donc proposé, pour qualifier le droit des données personnelles, de définir une échelle de policarité, dont le mécanisme se définit ainsi : le degré de restriction de la liberté considérée par des procédés de police tend à être ajusté de plus en plus finement d'une part au degré de contrainte permettant prévisiblement d'atteindre l'équilibre souhaité et, d'autre part, à l'innocuité des troubles à l'ordre public spécial considéré. A son sommet le plus liberticide se trouve le refus d'autorisation. A son niveau le plus laxiste se trouve l'autorégulation. Dès lors qu'une activité ne semble pas devoir se conformer spontanément à l'ordre public spécial défini par le législateur, le maintien d'un régime de police administrative spéciale classique se justifie. Mais dès lors qu'existent des moyens moins restrictifs de la liberté, mais permettant tout de même d'atteindre de manière prévisible l'objectif, ils se trouvent utilisés pour des raisons tenant tant à la recherche de liberté qu'à la recherche d'effectivité de l'ordre public spécial considéré.

Cette palette sera d'autant plus largement utilisée que l'activité réglementée nécessite une pondération fine et évolutive des enjeux en présence : soit que cette liberté soit internationalisée, soit qu'elle soit relative à un domaine d'activité particulièrement compétitif et/ou soumis à des impératifs d'obsolescence particulièrement marqués et/ou caractérisés par des enjeux financiers considérables. La mise en évidence de l'existence d'une telle échelle permet ainsi de se passer du recours au concept de régulation pour expliquer les mutations contemporaines du concept de police administrative spéciale, telles qu'elles s'expriment de manière particulièrement notable au sein du droit des données personnelles.

Il résulte de ce qui précède que l'intérêt de la définition d'une échelle de policarité réside dans ce que la police administrative ne constitue qu'un procédé parmi d'autres de la relativisation des droits et libertés, tels qu'ils s'expriment en société. Pour ainsi dire, le droit administratif n'épuise pas la question ; il est alors concevable qu'elle trouve à se prolonger en droit privé, ouvrant la voie à la notion de police civile.

Pour autant, si la définition de l'échelle de policarité implique une ouverture au droit privé, sa dynamique demeure un objet ressortant *a priori* au droit public dans la mesure où elle ne constitue qu'une palette de moyens au services de l'aménagement des libertés. Dans ce cadre, il nous semble plus pertinent d'employer le terme de police administrative spéciale que de régulation pour désigner le droit des données personnelles, et nous faisons nôtre le point de vue de Cécile Isidoro exprimé dans sa thèse à l'égard de la notion de régulation : « Derrière ce concept venu du droit anglo-saxon, il nous semble qu'il est possible de voir tout simplement une nouvelle formulation de la notion traditionnelle de police. Qu'est-ce que en effet que la régulation, si ce n'est le contrôle de l'application des normes édictées pour un secteur donné, normes dont la violation est susceptible d'être sanctionnée ? Nous sommes naturellement conscients que celle assimilation à un concept du droit public français si bien connu et si largement répandu dans le

1644 Sans lui être spécifique : ainsi, l'abus de droit existe de longue date en matière fiscale.

1645 Voir *supra*.

monde est de nature à décevoir le théoricien à la recherche de la découverte de concept inédits, davantage propices à l'apparition d'une abondante littérature. Ceci étant, il nous semble qu'il s'agit de la seule définition juridiquement juste et pertinente »<sup>1646</sup>.

La rénovation de la notion de police administrative spéciale, dans l'ordre interne, implique donc une réintégration en son sein des procédés considérés, à tort, comme fondant une spécificité de la notion de régulation. Ce n'est qu'à ce prix là qu'il est alors définitivement possible de parler, dans l'ordre interne, d'un régime de police administrative spéciale et non de régulation des données personnelles.

### *B/ L'internationalisation de la notion de police administrative spéciale*

L'isolement des différentes manifestations de la fonction de police dans les diverses disciplines où elle opère aboutit à des cloisonnements qui n'ont guère de sens. Lorsqu'une activité fait l'objet d'une réglementation dans l'ordre interne, sa portée n'est pas - loin s'en faut - limitée au seul ordre interne. Les activités humaines se moquent, avec plus ou moins de fortune, du carcan du droit. Elles lui préexistent et, dans le contexte de la mondialisation, le dépassent. Lorsque le législateur instaure une police administrative spéciale dans l'ordre interne, il consacre une liberté et l'aménage en la rendant compatible avec un ordre public spécial, c'est à dire qu'il arrête un équilibre valable pour ce seul ordre interne. Or, certaines libertés ne peuvent être limitées par leur seul exercice dans le cadre de frontières nationales : leur dimension internationale doit être prise en compte, à peine de réduire à néant les objectifs de l'ordre public spécial établi dans l'ordre interne.

Or, la mise en œuvre dans l'ordre international du principe de libre circulation de l'information pose un problème réel, celui de la capacité des États à réglementer l'exercice de cette liberté. Mais devant la difficulté supposée de l'opération, tout autant que devant le caractère présumé nouveau de cette question, un certain nombre d'auteurs adopte une attitude de rejet *a priori* du recours au droit, qui serait dépassé. Le professeur américain Joel Reidenberg résume ainsi la question : « La fluidité de l'information pose un défi incontournable aux régimes juridiques. Les paradigmes classiques de la réglementation – frontières souveraines et classification des activités par la loi – sont remis en cause. L'information et ses traitements ne respectent ni les frontières territoriales ni les classifications juridiques »<sup>1647</sup>. Mais de la difficulté pour l'État à réglementer une liberté internationale, doit-on forcément en déduire l'abandon de toute action de sa part, pour laisser place à une autorégulation ? Ne pourrait-on pas tenir le même discours sur l'ensemble des libertés qui, dans l'ordre interne, font l'objet d'une réglementation ?

Cette attitude défaitiste à l'égard de l'efficacité de la régulation juridique entraîne alors la mise en avant de dispositifs non juridiques ou/et d'autorégulation pour fournir un cadre adéquat à la liberté internationale de traitement de données personnelles. Les solutions mises en avant se calquent alors sur le modèle d'autorégulation de la *Lex mercatoria*, décliné plus récemment dans d'autres domaines comme celui des compétitions sportives internationales avec la *Lex sportiva* et, plus récemment, dans le domaine informatique, avec la *Lex informatica*. Ces solutions se basent

1646 ISIDORO Cécile, *op. cit.*, p. 412.

1647 REIDENBERG R. Joël, *L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le cyberspace*, in MACKAAY Ejan (dir.), *Les certitudes du droit/Certainties and the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 135. Pour un constat globalement similaire, voir SCHULTZ Thomas, « La régulation en réseau du cyberspace », *RIEJ*, 2005-55, p. 41 : « la capacité de régulation des États, dont l'assise est territoriale, en est affaiblie. La quasi-absence de frontières génère donc des difficultés de contrôle des flux d'informations, parce que la déterritorialisation de ceux-ci entre en conflit avec la territorialité des États ».

sur l'idée selon laquelle Internet constituerait un espace international situé hors de la juridiction des États.

Une telle approche, qui connaît un certain succès dans la doctrine européenne, doit toutefois être appréciée de manière particulièrement critique à deux égards. D'abord parce qu'il s'agit manifestement d'une entreprise de *lobbying*, volontaire ou non, d'auteurs américains partisans par principe du système de l'autorégulation, autre nom de la liberté non encadrée<sup>1648</sup>. Ensuite parce qu'une telle approche simplifie à outrance la réalité observée, jusqu'à en nier le droit positif. En effet, la question de la réglementation par les États d'une liberté internationale ne constitue pas une question nouvelle. Contrairement à ce qu'énoncent ces auteurs, la solution passe toujours par l'adoption de mesures de police chargées de réglementer l'exercice de cette liberté pour la rendre compatible soit avec des valeurs sur lesquelles existe un consensus dans l'ordre international, et dans ce cas il y aura convention de police, soit sur des valeurs sur lesquelles ce consensus n'existe pas, et dans ce cas il y aura loi de police au sens du droit international privé. Dans ces conditions, nous ne pouvons qu'être d'accord avec l'opinion du professeur Michel Vivant, pour qui « cette idée que le droit ne saurait intervenir est totalement erronée. Le droit international privé comme le droit pénal international permettent une véritable intervention des autorités publiques, pour autant qu'elles le souhaitent »<sup>1649</sup>. Le seul point sur lequel nous pourrions compléter son opinion est que les instruments adoptés pour réglementer l'exercice de libertés internationales, s'ils font l'objet de l'attention exclusive d'auteurs internationalistes privatistes, constituent en fait des prolongements dans l'ordre international du concept de police administrative (2). Or, une telle filiation n'est pas évidente *a priori* à raison de la méconnaissance relative du phénomène d'internationalisation du droit administratif (1).

### 1) Une internationalisation oubliée du droit administratif

La mondialisation peut être perçue comme un mouvement, d'origine ancienne<sup>1650</sup>, d'intensification des échanges internationaux à un niveau tel qu'il est désormais autant accompagné que subi par un certain nombre d'États<sup>1651</sup>. A la différence de ce qui a longtemps prédominé en droit international public, jusqu'à relativement récemment focalisé sur le respect des frontières dans une optique westphalienne, la mondialisation juridique est devenue un processus informel de gestion nationale ou internationale de problématiques d'intérêt général global. Le passage d'une logique westphallienne à une logique mondialisée se traduit par l'évolution de l'organisation de la juxtaposition des États souverains à celle de leur collaboration<sup>1652</sup>: « la société des États, telle que la connaissait le droit international classique,

1648 Voir *supra*, introduction générale.

1649 VIVANT Michel, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 43, 23 Octobre 1996, I 3969, p. 401.

1650 BRAUDEL Fernand, *La dynamique du capitalisme*, Flammarion, 2008, p. 83 et ss, où l'auteur retrace l'histoire sur le temps long de ce qu'il appelle les « économies-monde ».

1651 CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008, p. 27 : « Continu depuis la Seconde guerre mondiale, le processus d'internationalisation a pris une dimension nouvelle au cours des années 1990 : le concept de « mondialisation » traduit une accélération et un approfondissement de ce processus ; c'est la question de la pertinence même du cadre étatique qui est désormais posée. Les frontières, physiques et symboliques, qui délimitaient la sphère d'influence, la surface d'emprise de l'État, sont devenues poreuses : les États sont traversés par des flux de tous ordres, qu'ils sont incapables de contrôler, de canaliser et au besoin d'endiguer ; ne maîtrisant plus les variables essentielles qui commandent le développement économique et social, leur capacité de régulation devient du même coup aléatoire ».

1652 OST François, *Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature*, *in*

privé l'État et sa souveraineté; la communauté internationale, telle que l'affectionne le droit international moderne, met l'accent sur ce qui rassemble plutôt que sur ce qui sépare »<sup>1653</sup>.

Une telle évolution est perçue de longue date par les auteurs spécialistes du droit international public. Elle se présente comme le passage au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle d'un droit principalement chargé de la résolution de questions politiques<sup>1654</sup> à un droit élargi à des considérations administratives<sup>1655</sup>. Cela se matérialise à l'époque par l'adoption d'un certain nombre de traités et de conventions traitant ces nouvelles questions du droit international public. La différence avec les traités et conventions des temps passés tient à ce que « leur contenu est essentiellement juridique » et non politique. En outre, « la plupart de ces accords conduisent à la constitution d'organes spéciaux, ébauche d'une véritable administration internationale. C'est un droit administratif international qui se forme à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, même si les structures institutionnelles mises en place restent encore rudimentaires »<sup>1656</sup>. Son moteur principal est le développement des techniques de communication, postales et dématérialisées<sup>1657</sup>.

Cette dynamique a été perçue et théorisée par certains auteurs internationalistes de la fin du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>1658</sup>. Elle trouve son fondement dans l'idée que les États auraient perçu leur faiblesse individuelle à résoudre certaines questions et, pour ce faire, auraient mis en commun leurs compétences dans des domaines précis<sup>1659</sup>, à l'instar de ce « fédéralisme

MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 19: « L'ordre juridique classique, fondé sur l'État territorial souverain dont nous avons parlé, se traduisait au plan externe par une juxtaposition de puissances souveraines formant ce qu'il est convenu d'appeler la « famille » des nations. Le modèle dit « westphalien » présidait à leurs rapports : sur la base de relations essentiellement bilatérales, ces États, égaux en souveraineté, poursuivaient des objectifs essentiellement « privés », dont le seul point commun était la sauvegarde de l'indépendance de chacun ». Voir également VERHOEVEN Joe, *Souveraineté et mondialisation: libre propos*, in LOQUIN Éric et KESSEDJIAN Catherine (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, volume 19, Litec, 2000, pp.43-44: « Le droit des gens est originellement construit pour donner progressivement corps à quelque rêve d'autarcie, non point pour discipliner les rapports qui devraient s'établir entre les entités dites souveraines qui se construisent sur les débris de la cité médiévale. Au moins son rôle est-il purement « défensif »: ce droit entend protéger la souveraineté, c'est à dire donner à tous les États les moyens juridiques de demeurer maîtres chez eux; il ne cherche pas à forger les instruments qui leur permettraient de réaliser des projets communs, dans le respect de valeurs ou d'objectifs qu'ils partageraient ».

1653 WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité », Rec. Cours La Haye, t.237 (1992-VI), p. 309.

Pour un constat similaire, voir AUBY Jean-Bernard, « Globalisation et droit public », in *Mélanges Waline, « Gouverner, administrer et juger »*, Dalloz, 2002 p. 146.

1654 *Contra*, SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011, p. 22 et ss.

1655 ALLAND Denis, *Droit international public*, PUF, 2000, p. 61 : « Les progrès du droit positif, dans la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle et jusqu'en 1914, trouvent leur source dans les progrès de la technique (en particulier dans le domaine des communications), l'intensification des relations commerciales internationales et une attention plus intense portée aux problèmes sociaux, sanitaires et culturels. Un puissant sentiment de solidarité et de nécessité naît de ces nouvelles relations, plus fréquentes et plus étroites, entre les peuples et les États ».

1656 ALLAND Denis, *op. cit.*, p. 61.

1657 ALLAND Denis, *op. cit.*, p. 62 : « Le développement des techniques de communication conduit inéluctablement les États à une interdépendance de plus en plus grande et les contraint à conclure des conventions, communément appelées les ententes administratives ».

1658 KAZANSKY Paul, « Théorie de l'administration internationale », *RGDIP*, 1902, p. 353 : « L'administration internationale est un nouveau fait de la vie des nations et une nouvelle conception du droit des gens. Comme fait, elle date en effet seulement du dernier quart du XIX<sup>ème</sup> siècle. Et, comme idée, elle est presque inconnue des savants, même des spécialistes du droit international ; il en est cependant quelques-unes qui ont appelé notre temps le temps « de l'administration internationale » ».

1659 DE MARTENS Frédéric, *Traité de droit international*, tome 2, traduction par M. Léo Alfred, Chevalier-Marescq et

technique » mis en œuvre en matière de communications dématérialisées<sup>1660</sup>.

Le professeur Paul Kazansky, dans la première étude à notre connaissance tentant de systématiser cette évolution, délimite cinq domaines du droit administratif international. En premier lieu, le « développement des moyens de communication entre les peuples », passant essentiellement par la réglementation de la liberté des océans par des polices internationales comme la « police internationale de la mer du Nord » et par l'adoption de services publics internationaux comme l'UPU, l'Union des télégraphes, l'Union internationale pour le transport des marchandises par chemins de fer fondée en 1890. En second lieu, il distingue les « traités concernant les intérêts sociaux », notamment ceux concernant les « intérêts de la religion, de la science et de l'art ». Ces traités ont pour objet l'organisation de la tolérance religieuse et ce que nous appellerions aujourd'hui la coopération culturelle et universitaire. Il classe l'Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, fondée en 1886, dans ce domaine. En troisième lieu, il range comme objet du droit administratif international « les intérêts de la santé publique internationale », tout spécialement les mesures prises contre les épidémies qui peuvent venir d'Orient en Europe. Il évoque à cet égard des traités conclus en 1892, 1893 et 1894, ainsi que l'institution de « Conseils sanitaires internationaux » établis à Alexandrie et à Constantinople. Le quatrième groupe qu'il distingue correspond au droit international économique actuel, ayant trait « à la défense de toutes les parties de l'activité économique des nations, de l'agriculture comme de l'industrie et du commerce »<sup>1661</sup>. Enfin, il isole une dernière catégorie qui « forme ce qu'on pourrait appeler la police internationale. Il comprend les mesures édictées contre la traite des esclaves, contre les anarchistes, etc. La plus importante de ces mesures est la création, en 1890, de l'Union anti-esclavagiste, dont les bureaux sont à Bruxelles et à Zanzibar »<sup>1662</sup>.

En France, à l'exception notable de l'école objectiviste du droit international public initiée par Léon Duguit et systématisée par George Scelle<sup>1663</sup>, ce champ du droit administratif international a été globalement délaissé par la doctrine publiciste, notamment dans la formation du corpus de droit administratif<sup>1664</sup>. Cette désaffection trouve un élément important de justification dans la spécialisation extrême des matières qui, considérées comme relevant du droit administratif en droit interne, ont acquis une autonomie à l'égard du droit public général en s'internationalisant. Elle justifie que, jusqu'à récemment, l'internationalisation du droit administratif a été principalement considérée par des auteurs intervenant en droit international privé<sup>1665</sup>. L'intérêt

Cie, 1886, p. 5 : « l'administration internationale a pour véritable origine l'insuffisance des forces et des ressources de chaque peuple pris à part, eu égard aux exigences de son développement normal. Par « administration internationale » nous entendons l'action que les États exercent librement, dans le domaine de la communauté générale, en vue de satisfaire leurs intérêts essentiels tout en respectant les limites tracées par le droit international ».

1660 Voir *infra*, Première partie, titre 1, chapitre 2.

1661 KAZANSKY Paul, *op. cit.*, pp. 353-354.

1662 KAZANSKY Paul, *op. cit.*, p. 354.

1663 Voir *supra*, titre 1, chapitre 2.

1664 GASCON Y MARIN José, *op. cit.*, p. 7 : « Mais les auteurs de traités de droit administratif n'ont pas tous étudié cette dernière forme, car, se bornant à l'étude du droit public interne, ils ont par là circonscrit dans les mêmes limites l'examen de l'administration au point de vue juridique ».

1665 BERGE Jean-Sylvestre, « La protection du droit d'auteur et des données à caractère personnel: étude d'un phénomène de communautarisation du droit des conflits de lois », in *Les conflits de loi et le système juridique communautaire*, sous la direction d'Angelika FUCHS, Horatia MUIR-WATT et Étienne PATAUT, Dalloz, 2004, p. 237 : « Le droit international privé contemporain, notamment le droit des conflits de lois, s'est construit par une spécialisation de plus en plus grande de ses règles. Il a suivi un mouvement plus général de parcellarisation du droit, rendu sans doute nécessaire par la complexité de plus en plus grande des mécanismes juridiques. Parallèlement le droit international public ne s'est jamais véritablement intéressé à ce que l'on pourrait appeler

pour ces derniers résidait alors dans la délimitation de leur domaine<sup>1666</sup>. Le mouvement de redécouverte du droit administratif international traduit sa tentative d'émancipation du champ disciplinaire du droit international privé. L'emprise que ce dernier exerce à l'égard du premier opère toujours essentiellement par le biais de la notion de loi de police. Les propos récents sur le « droit administratif global »<sup>1667</sup> ou les « grandes théories du droit transnational »<sup>1668</sup> n'innovent donc en rien, en ce qu'ils ne constituent que les habits neufs d'un phénomène ancien et décrit depuis longtemps.

Aujourd'hui, ce processus d'administrativisation du droit international s'exprime de deux manières différentes. Dans un premier cas, un consensus est atteint au plan international, une norme commune est adoptée, qui permet une gestion internationale administrative de certains intérêts généraux globaux. Ce consensus peut être global et prendre alors la forme d'un accord multilatéral, ou peut se réduire à un simple traité bilatéral. Tel est le cas par exemple en matière douanière, dans le cadre des traités du GATT puis de l'OMC d'une part, des accords bilatéraux de libre-échange d'autre part. Dans l'un ou l'autre cas, ce phénomène se traduit par l'adoption de normes de droit international administratif, c'est à dire de normes ayant un fondement international mais intervenant dans le cadre d'une fonction administrative. Dans un second cas, un consensus n'est pas atteint au plan international et, dans ce cas, l'accompagnement de la mondialisation par le droit s'opère sur une base strictement territoriale. Tel est le cas en matière de droit de la concurrence: s'il existe un consensus informel sur l'existence d'une libre concurrence en droit international, cette liberté globale ne fait l'objet d'aménagement qu'au niveau local<sup>1669</sup>. Mais même dans ce cas, la mondialisation implique une nécessaire adaptation de ce principe de territorialité à raison de l'ubiquité des situations qui en résulte. Cela implique alors d'une part le développement d'un droit administratif international, caractérisé par l'internationalisation du droit administratif interne et, d'autre part, par la généralisation de la théorie des effets.

Une telle administrativisation du droit international public peut alors être observée sous deux angles distincts. Si elle se matérialise par des actes internationaux ayant une fonction

le droit administratif international, c'est à dire l'application à l'intérieur d'un espace interétatique de règles de droit public intéressant les rapports entre l'État et les administrés. Entre ces deux matières, le droit communautaire s'est engouffré. Concevant les rapports internes à la Communauté, tant sous leurs aspects de droit privé que de droit public, il a énoncé des règles qui, de par leur formulation, sont susceptibles d'intéresser les deux grandes divisions du droit ».

1666 FRANCESKAKIS Phocion, *op. cit.*, p. 160 : « Mais qu'arrive-t-il donc quand il s'agit de règles de droit qui ne sauraient relever de cette communauté pour la raison qu'elles expriment l'immixtion de l'État dans les relations privées et que cette immixtion peut traduire des intérêts propres à un État, des intérêts qui, d'un État à l'autre, peuvent être antagonistes? La doctrine privatiste dont relève notre conception classique de l'ordre public fait ici intervenir la distinction entre droit public et droit privé. N'est droit international privé que ce qui concerne le conflit de lois privées. Ce qui est du droit public est pris en charge par des branches affectées du qualificatif international: droit pénal international, droit fiscal international, droit administratif international... ».

1667 AUBY Jean-Bernard, *op. cit.*, p. 143 : « La globalisation tend à modifier l'objet même du droit international public, la cible des règles qu'il secrète. Cet objet, cette cible sont de moins en moins exclusivement la régulation des relations entre les États au service de la paix et du développement, et de plus en plus la situation des citoyens, des entreprises et des autres organisations privées, dans un souci de protection de leurs droits vis-à-vis des États. Occupent une part croissante dans le droit international public le souci d'assurer aux entreprises la possibilité de commercer, comme la sécurité de leurs investissements, et le souci de protéger les droits fondamentaux sur le chef des individus et des groupes privés ».

1668 C'est là le thème de l'ensemble des contributions du premier numéro de la Revue internationale de droit économique de 2013.

1669 Avec l'existence seulement au niveau régional et national de procédures de contrôle des concentrations, des ententes etc....

administrative, on se trouve en présence d'un droit international administratif. Si elle se matérialise par des actes nationaux ayant une portée extraterritoriale, on se trouve en présence de droit administratif international<sup>1670</sup>. La distinction entre droit international administratif et droit administratif international n'est pas sans rappeler celle entre droit mondialisé et droit de la mondialisation dégagée par le professeur Jacques Chevallier. Ainsi, le premier se traduit par un « mouvement de rapprochement des systèmes juridiques étatiques » et apparaît comme une recherche volontaire d'interdépendance étatique. Le second, lui, « tend à l'émergence d'un espace juridique nouveau » que l'on peut qualifier d'interstitiel, en ce qu'il n'est composé que du droit interne chargé de concilier dans l'urgence et/ou du fait de la carence de normes internationales les intérêts nationaux et les flux transfrontières de toute nature<sup>1671</sup>. Pour ainsi dire, il ne s'agit que de mesures de droit interne chargées de pallier les lacunes de l'ordre juridique international.

La même nuance est reprise sous des appellations différentes par le professeur Pascal Combeau, qui distingue le droit international administratif du droit administratif transnational. Le premier se compose d'une part du droit administratif global, d'autre part du droit administratif européen, tous deux n'impliquant qu'un rapport entre personnes publiques. Le droit administratif transnational se distingue des précédents « par deux traits caractéristiques (...): la transnationalité et l'extranéité »<sup>1672</sup>. Le premier désigne « des relations internationales qui mettent en présence deux êtres dont l'un au moins n'est pas un État »<sup>1673</sup>. Le second de ces traits désigne la « qualité de ce qui est étranger ; s'applique aux personnes (extranéité du demandeur) ou aux situations (rapport de droit présentant un élément d'extranéité) »<sup>1674</sup>.

Ainsi, le droit international administratif « examine les règles qui régissent la gestion de certains intérêts généraux qui, par leur caractère et leur importance, dépassent les limites territoriales des États dans leurs rapports entre les États ou entre les États et les particuliers »<sup>1675</sup>. Il consiste donc dans l'élaboration de politiques d'intérêt général international. Il peut se traduire plus précisément

1670 Pour partie, ce phénomène peut également être perçu avec comme point de départ l'internationalisation du droit administratif. Voir à cet égard AUBY Jean-Bernard, *op. cit.*. L'auteur constate une internationalisation du droit public interne qui se caractérise au premier plan par l'« intrusion massive des normes et standards externes dans les droits publics internes », dont « le droit français fournit une illustration parfaite » (p. 146). Il constate dans le même temps une autre évolution, qu'il perçoit comme voisine de la précédente mais ne procédant pas forcément de la même logique car dans cette hypothèse, c'est le droit administratif qui se projette dans l'ordre international et non l'inverse : « Mais il y a un autre phénomène, qui n'est pas nécessairement lié au précédent. C'est la découverte de plus en plus familière, dans le contentieux administratif, de situations d'extranéité, de questions qui sont posées à propos de relations juridiques empruntant pour partie à d'autres systèmes juridiques. L'imposante masse du contentieux des étrangers, de loin premier dans les statistiques du Conseil d'État par exemple, est là, tout bêtement, pour témoigner de cette tendance » (p. 147).

1671 CHEVALLIER Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 39: « Sous-tendus par des logiques différentes, droit mondialisé et droit de la mondialisation disposent, à première vue, chacun d'une dynamique propre d'évolution: le premier, qui résulte de la constitution progressive d'un socle de règles et de principes communs, se traduit par un mouvement de *rapprochement des systèmes juridiques étatiques*; le second, né d'un besoin de régulation des échanges, tend à l'*émergence d'un espace juridique nouveau*, débordant les frontières étatiques. Alors que le développement du premier est un élément constitutif de la mondialisation, en témoignant d'une interdépendance croissante des droits étatiques, le second est le sous-produit d'une mondialisation dont il épouse les contours et suit les vicissitudes. A la différence du droit mondialisé, dont l'édification s'inscrit dans un temps long, l'essor du droit de la mondialisation est consécutif à l'explosion des flux transfrontières qui s'est produite au cours de la décennie 90 ».

1672 COMBEAU Pascal, « Fascicule 129-40: Coopération décentralisée », *Jurisclasseur administratif*, 2010, §7.

1673 COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2008, p. 4.

1674 CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007, p. 395.

1675 NEGULESCO Paul, *op. cit.*, p. 597.

par la mise en place de services publics internationaux<sup>1676</sup> ou de *corpus* normatifs matériellement administratifs spécifiques à une institution ou une juridiction internationale. Le droit international administratif se distingue alors du droit international public dans l'ordre international, de la même façon qu'il se distingue du droit constitutionnel dans l'ordre interne<sup>1677</sup>.

Pour le droit administratif international, l'idée de départ n'est pas la réalisation d'un intérêt général international mais la conciliation entre un intérêt général national et d'autres intérêts nationaux étrangers. Cette idée s'appuie sur le constat que « l'Administration n'a pas été conçue seulement comme enfermée dans le cercle de la vie interne des États; au contraire, étant donné son activité dans le champ des relations internationales, il a fallu distinguer l'Administration interne et l'Administration externe ». Le droit administratif international peut alors être défini comme une branche du droit organisant le bon voisinage au quotidien d'États souverains, en délimitant leurs compétences respectives dans des domaines ignorés du droit international public mais également en mettant en œuvre des coopérations entre États souverains<sup>1678</sup>. Cet ensemble de règles a pour point commun d'avoir une origine interne mais une portée extraterritoriale<sup>1679</sup>. Le professeur Kazansky, évoquant l'opinion du professeur De Martens qui « classe parmi les sources du droit de l'administration internationale, en même temps que les traités internationaux, les lois et les arrêtés administratifs des États », résume ce point de vue en considérant que « de la sorte, le droit international administratif comprend, à ses yeux, une partie du droit interne. Ainsi entendue, l'administration internationale pourrait donc être plus exactement dénommée l'administration extérieure de l'État ou l'administration des affaires étrangères de l'État »<sup>1680</sup>. En fait, ces deux auteurs partent du droit international administratif, tel qu'il organise la gestion de questions d'intérêts généraux internationaux par le recours au droit international, pour en distinguer une partie, ayant un objet similaire mais reposant sur des sources de droit interne à portée extraterritoriale, soit le droit administratif international.

Un exemple de distinction entre droit administratif international et droit international administratif est donné par l'évolution des fondements juridiques de la politique appliquée sur le territoire français de contrôle du commerce extérieur. Ce domaine illustre comment ce qui était initialement perçu, lorsqu'elle était fondée sur des actes de droit interne, comme une police administrative spéciale à portée extra-territoriale, est devenu un « droit international spécial » ou « matériel » en s'internationalisant. En effet, avant l'adoption des traités du GATT en 1947 puis de Marrakech en 1994, le cadre national dans lequel intervenaient ces politiques de contrôle des échanges rendait évidente leur appartenance au droit administratif interne, en tant qu'instrument

1676 Voir *supra*, titre 1, chapitre 2.

1677 Par son objet, le droit international public peut être conçu comme le pendant externe du droit constitutionnel. Il constitue en effet un droit politique d'organisation des relations de pouvoir. Sur cette distinction entre droit international public et droit international administratif, voir GASCON Y MARIN José, *op. cit.*, pp. 18-20.

1678 NEUMEYER Karl, *op. cit.*, p. 495: « Le but principal du droit administratif international c'est donc de délimiter la compétence d'un État vis-à-vis de la compétence des autres. Mais cette science comprend aussi la coopération des États, sur la base de leur compétence particulière ».

1679 GASCON Y MARIN José, *op. cit.*, p. 21: « Il me semble pouvoir affirmer que, pour les relations où l'origine de la règle juridique applicable est de droit interne, la dénomination de « droit administratif international » semble plus particulièrement indiquée, car il s'agit de règles puisées à la même source qu'en droit interne, mais avec un but dépassant la règle purement nationale (par la nationalité et le territoire des personnes en cause et par le lieu où la relation se noue); et que, par contre, pour celles qui tirent leur origine d'une source différente, à savoir de la volonté de plusieurs États, réagissant dans l'administration particulière de chacun d'eux ou créant des organes nouveaux dont la nature est, certes, très discutée, mais évidemment différente de celle des organes internes, l'expression « droit international administratif, est, à mon avis, la plus adéquate ».

1680 KAZANSKY Paul, *op. cit.*, pp. 356-357.

de réglementation de la « liberté du commerce extérieur »<sup>1681</sup>. Désormais, « l'adhésion de la France aux conventions ou sa participation aux actions multilatérales a entraîné l'application à ses échanges extérieurs d'une réglementation exclusivement internationale »<sup>1682</sup>. Cette ancienne police administrative internationale est devenue une police internationale administrative. Pour le dire autrement, la liberté internationale d'échanger des biens, services et capitaux s'est vue aménagée dans un premier temps dans un cadre national puis, dans un second temps, international, le procédé changeant de portée sans voir altérer ses mécanismes fondamentaux.

Avant la signature de ces traités, la qualification du régime français du contrôle du commerce extérieur n'était qu'implicite, se déduisant du vocabulaire employé pour décrire les mesures pouvant être prises par l'État comme l'interdiction ou l'autorisation préalable<sup>1683</sup>. Avec la spécialisation puis l'internationalisation de cette matière, le lien avec la notion de police administrative est devenu de plus en plus tenu, au moins sur un plan formel. Ainsi, Dominique Joly relève en la matière un changement de vocabulaire employé vers 1935, la technique de contrôle prenant la dénomination en apparence plus technique de restriction quantitative<sup>1684</sup>. Mais sur un plan matériel, l'objet de ces règles consiste toujours à consacrer et à aménager une liberté, celle du commerce extérieur.

Cela justifie la compétence parlementaire en la matière et l'idée qu'un tel contrôle porte atteinte aux prolongements externes d'une liberté consacrée dans l'ordre interne<sup>1685</sup>. En effet, la DDHC constituait un premier fondement possible d'une liberté internationale du commerce, mais cette portée lui a été retirée car cela aurait conduit à la ruine précoce du pays. Ainsi, Goudard, membre du comité d'agriculture et de commerce, déclarait dans son rapport à l'Assemblée nationale sur le tarif des droits d'entrée et de sortie du royaume que : « Nous avons pu sans danger déclarer les droits des nations et offrir dans notre Constitution un grand exemple aux peuples qui vivent sous une autorité plus ou moins despotique : que le reste de l'Europe soit esclave ou devienne libre comme la France, notre liberté n'en sera pas moins entière ; mais faire des lois commerciales dans lesquelles nous stipulerions seuls et sans réciprocité la liberté indéfinie, votre comité a pensé que ce serait une fausse mesure pour une nation dont le système politique est aujourd'hui d'être une puissance purement agricole et commerçante, dont la splendeur dépend des progrès de son industrie, qui doit accroître sa population, la force de l'État, et assurer la prospérité de l'agriculture, qui en est la véritable richesse »<sup>1686</sup>. Si la DDHC n'a donc pu constituer le fondement d'une liberté internationale du commerce, elle n'en fonde pas moins un principe général de liberté incluant celle du commerce et auquel il est porté atteinte lorsque sont adoptées des mesures restrictives du commerce extérieur. Cette atteinte à la liberté, perçue comme telle dès l'origine, explique que le Parlement entende « se réserver le contrôle du commerce extérieur et en

1681 JOLY Dominique, *Le régime français du contrôle du commerce extérieur*, thèse, Service de reproduction des thèses de l'université des sciences sociales de Grenoble, 1975, pp. 58 et 84.

1682 JOLY Dominique, *op. cit.*, p. 474.

1683 JOLY Dominique, *op. cit.*, p. 17 : « Du fait de la loi nationale, le commerce extérieur de la France vit sous le régime du contrôle. En effet, les autorités étatiques ont dressé progressivement une série de barrières aux limites des frontières douanières. En conséquence, les rapports commerciaux établis avec les pays étrangers peuvent être soit prohibés, soit suspendus, soit subordonnés à l'obtention d'une autorisation préalable ».

1684 JOLY Dominique, *op. cit.*, p. 27, note 1.

1685 JOLY Dominique, *op. cit.*, p. 29 : « l'introduction de prohibitions, même peu nombreuses, dans le système tarifaire a une double portée sur le plan juridique : prohiber, c'est intervenir en matière douanière et restreindre la liberté. Peut-on trouver, pour l'époque, meilleure justification à la compétence exclusive de l'Assemblée nationale ? Or, c'est bien ainsi que l'ont entendu les Révolutionnaires de 1789. [...] la prohibition aux échanges extérieurs a été explicitement regardée comme une atteinte portée à la liberté ».

1686 Assemblée nationale, archives parlementaires du 30 novembre 1790, cité dans JOLY Dominique, *op. cit.*, p. 29.

limiter la portée »<sup>1687</sup>.

Il résulte de cet aperçu sommaire que l'absence d'encadrement par le droit international public de certaines activités ne conduit pas pour autant à l'absence de toute normativité. En l'absence d'une régulation globale de phénomènes internationaux, l'intérêt de l'existence d'un tel encadrement entraîne l'adoption de régimes de police à portée globale par des mécanismes juridiques d'origine locale. Le professeur Hervé Ascensio a ainsi récemment procédé à un premier recensement de ce que pourrait être le contenu du droit administratif international. Le critère pour définir ce champ est celui de l'extraterritorialité de procédures ou de décisions intervenant dans le domaine administratif. Le recours à cette notion « fait référence au champ d'application spatial d'une norme. En d'autres termes, on dira qu'une norme reçoit une application extraterritoriale lorsqu'elle s'applique à des situations se déroulant en dehors du territoire de l'État qui l'a émise »<sup>1688</sup>. La légalité de tels dispositifs au regard du droit international n'est admise qu'à raison précisément du retentissement dans l'ordre interne des événements externes que les mesures extraterritoriales se proposent de prévenir<sup>1689</sup>. Cet auteur met ainsi en évidence l'existence de mesures de contrôle et de décision administratives extraterritoriales particulièrement présentes en droit fiscal<sup>1690</sup>, en droit de la concurrence<sup>1691</sup> et en droit bancaire<sup>1692</sup>. Plus généralement, le domaine de la police administrative internationale constitue un domaine où l'internationalisation du droit administratif est la plus forte et la plus perceptible.

## 2) Une ignorance corrélative de l'internationalisation des polices administratives

Le professeur Hélène Tourard établit dans sa thèse une distinction entre l'internationalisation et la globalisation. La première « peut être définie comme la soumission au droit international d'un rapport ou d'une situation juridique auparavant régi par le droit interne »<sup>1693</sup>. La globalisation « est

1687 JOLY Dominique, *op. cit.*, pp. 29-30. Voir également p. 110 : « Les atteintes à la liberté commerciale et la nature fiscale de la réglementation douanière sont restées généralement les deux raisons pour lesquelles la matière en cause est réservée au Parlement. Pour répondre aux nécessités techniques sans ignorer ces principes, le législateur accepta de déléguer ses pouvoirs au Gouvernement ».

1688 STERN Brigitte, « L'extraterritorialité revisitée », *AFDI*, XXXVIII, 1992, p. 243.

1689 STERN Brigitte, *op. cit.*, p. 251 : « Pour ce qui est de la compétence normative, l'État ne peut dépasser les limites que le droit international met à ses compétences. C'est à dire qu'il ne peut exercer son pouvoir normatif qu'à l'égard de situations ayant avec lui certains éléments de rattachement ; il ne peut pas légiférer au delà des limites de ce rattachement. Il résulte des règles coutumières internationales que le rattachement d'une situation à la sphère de compétence d'un État peut se faire par l'intermédiaire de l'un des éléments considérés comme consubstantiels à la définition internationale de l'État, à savoir le territoire, la population, la souveraineté ».

1690 ASCENCIO Hervé, « L'extraterritorialité comme instrument, Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises », décembre 2010, disponible à l'adresse <http://www.univ-paris1.fr/centres-de-recherche/iredies/equipe/professeurs/herve-ascensio/contributions-en-ligne-herve-ascensio/>, §28. CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2013, p. 46. : Ce phénomène trouve une illustration toute particulière en matière fiscale, en matière de contrôle des prix de transfert. Cette dernière s'analyse comme une pratique de lissage des bénéfices au sein d'une même entreprise multinationale.

1691 ASCENCIO Hervé, *op. cit.*, §29.

1692 ASCENCIO Hervé, *op. cit.*, §30.

1693 TOURARD Hélène, *L'internationalisation des constitutions nationales*, thèse, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 96, 2000, p. 1. Voir également pp.1-2 : « Aujourd'hui, la multiplication des situations internationales, c'est à dire comprenant un élément d'extranéité ainsi que la multiplication des normes internationales régissant ces situations conduisent à une internationalisation du droit. De nombreux domaines sont internationalisés dans la mesure où ils sont l'objet d'une coopération bilatérale ou multilatérale

un phénomène résultant en grande partie de facteurs extérieurs aux États, tels que l'amélioration des communications ou les flux de personnes à travers le monde. En revanche, l'internationalisation, comme produit de normes internationales ou de normes internes qui s'y conforment, implique une part de volonté des États. En effet, ceux-ci décident de réglementer en commun, par le biais de conventions internationales, des questions qui se posent à eux de manière semblable »<sup>1694</sup>.

L'internationalisation du droit administratif a deux objets essentiels : l'instauration de polices administratives internationales et la mise en place de services publics internationaux. En des termes plus neutres, ce n'est pas autre chose qu'exprime le professeur Kazansky dans sa « Théorie de l'administration internationale », qui considère que « les règles juridiques contenues dans ces traités tantôt soumettent les organes de la vie interne des États signataires à certaines restrictions au point de vue de leur liberté d'action, tantôt leur imposent une coopération mutuelle »<sup>1695</sup>. Si un service public international matérialise une coopération mutuelle inter étatique, une police administrative internationale ne constitue pas autre chose que l'encadrement international d'une activité humaine libre dont l'exercice dépasse nécessairement les frontières d'un seul État.

Ainsi, à titre d'exemple, les libertés de navigation en mer et dans les airs doivent-elles se comprendre nécessairement comme des activités libres impliquant par nature une négation des frontières étatiques. Cela explique que des polices administratives spéciales encadrant ces activités libres en droit interne<sup>1696</sup> aient fait l'objet, de manière précoce et détaillée, d'un encadrement idoine par des conventions de police en droit international. Ces conventions prolongent les lois de police dans l'ordre interne dans leur fonction et s'y substituent afin de consacrer et d'aménager ces libertés internationales dans l'ordre juridique correspondant.

Lorsque la question qui est réglementée porte sur l'exercice d'une activité humaine et non sur des questions relatives au statut des États dans l'ordre international, et que sa réglementation fait l'objet d'un consensus dans l'ordre international, elle donne lieu à une convention de police. Lorsque la perception du problème et/ou des moyens pour le résoudre diffère dans l'ordre international, la nécessité de lui apporter une solution par la réglementation de cette activité ne disparaît pas pour autant. Simplement, au lieu d'être réglementée dans l'ordre international, elle fait l'objet de réglementations nationales dotées d'une portée extraterritoriale. Là où il y a communauté d'intérêts et de vue dans l'ordre international sur la réglementation d'une activité humaine globalisée, il peut y avoir « convention de police ». Là où cette communauté n'existe pas, il peut y avoir « loi de police ».

Le faible intérêt de la doctrine publiciste contemporaine pour les questions de police administrative, *a fortiori* pour ce qui relève de la police administrative spéciale, peut expliquer un

entre les États, au moyen de conventions internationales. Le résultat de l'internationalisation pour les droits nationaux est une harmonisation progressive des concepts juridiques et des réglementations qui s'y rapportent ».

1694 TOURARD Hélène, *op. cit.*, pp. 1-2.

1695 KAZANSKY Paul, *op. cit.*, p. 360.

1696 Pour la liberté de navigation maritime, le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande énonce respectivement dans ses chapitre III et IV d'une part les « infractions touchant la police intérieure du navire », d'autre part celles « concernant la police de la navigation ». Pour l'encadrement de cette même liberté, le code des ports maritimes énonce les règles de « police dans les ports maritimes » (articles R. 301-1 à R. 304-12) et de « police du plan d'eau » (art. R. 311-1). Pour la liberté de navigation aérienne, le code de l'aviation civile comporte, lui, un chapitre relatif à la « police de la circulation des aéronefs », regroupant les articles L. 133-1 à L. 133-4.

*hiatus* dans les conséquences à tirer de cette internationalisation. Ainsi, le professeur Tourard relève que « l'internationalisation est sensiblement plus importante en droit privé qu'en droit public, parce que le développement des situations internationales concerne essentiellement les relations entre les personnes privées »<sup>1697</sup>. Il est exact de dire que ce phénomène concerne pour l'essentiel des activités privées : c'est là la dynamique même de la globalisation, qui n'est que très imparfaitement saisie en droit international ou en droit interne. Mais il est inexact d'en déduire que, ce faisant, l'internationalisation concerne essentiellement le droit privé : cela revient à nier l'appartenance au droit public de la police, dont le rôle est tout de même la réglementation d'activités privées et libres.

Or, une telle inexactitude dérive de l'emprise du droit international privé sur ce pan du droit administratif international. Plus précisément, le concept de police administrative internationale n'a pu être théorisé sous un angle publiciste car il a été analysé sous l'angle privatiste, de manière surabondante, par le concept de loi de police. Cette notion de loi de police intègre le droit positif français depuis son inscription en 1804 au sein du Code civil. Sa généalogie révèle au XIX<sup>ème</sup> siècle le caractère unitaire de la notion de police, employée avec des significations similaires en droit administratif et en droit international privé (a). Malgré la thèse de certains auteurs en droit international privé, il est encore possible aujourd'hui de discerner une fonction commune à la notion de police dans ces deux matières en droit contemporain, justifiant l'existence d'un concept de police administrative internationale (b).

a) Une appartenance contrariée au droit administratif international à raison de sa captation par le droit international privé

La notion de loi de police constitue une exception aux règles de droit commun du droit international privé car elle aboutit à la résolution *a priori*, unilatérale et autoritaire d'un conflit de loi alors que ces derniers sont ordinairement réglés par le libre jeu de l'autonomie de la volonté (a-1). Ce caractère détonnant au sein d'une matière de droit privé s'explique par son origine publiciste avérée (a-2).

*a-1) Un concept dérogoire au droit commun du droit international privé*

Le droit international privé « peut être défini comme l'ensemble des règles propres aux relations entre personnes privées ». Il est donc fondé sur le principe l'autonomie de la volonté<sup>1698</sup>, qui peut emporter des effets par delà les frontières<sup>1699</sup>. L'optique libérale de cette matière est confirmée par la Convention de Rome du 19 juin 1980, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991. Cette dernière favorise en effet l'autonomie des parties en matière contractuelle, ce qui se traduit par le libre choix de la loi applicable à une situation juridique susceptible d'être appréhendée par des normes relevant d'États distincts. Cette optique libérale est de surcroît encouragée par la liberté des parties dans le choix du juge compétent pour apprécier la légalité de cet acte transnational. Cette

1697 TOURARD Hélène, *op. cit.*, p. 5.

1698 Sur cette question, voir de manière générale OLIVE Louis, *Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*, Larose, 1899.

1699 LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2007, p. 1. Les auteurs relèvent que les sujets de chaque État, dès lors qu'ils disposent d'« une vie privée interne », bénéficient également d'une « vie privée internationale » traduisant leur liberté à établir des liens transfrontières pour des buts privés. A titre d'exemple, une telle liberté peut consister en l'achat par le biais d'internet de produits localisés à l'étranger.

liberté peut même permettre aux parties de sortir du système juridictionnel étatique pour adopter un processus de justice privée, en soumettant leur litige contractuel à un arbitre du commerce international.

La place première laissée à l'autonomie de la volonté dans cette discipline explique la possibilité de conflits de lois, c'est à dire d'un « problème naissant du fait qu'une question de Droit présente des liens avec plusieurs États (plus généralement plusieurs systèmes ou ordres juridiques) à résoudre par le choix de la loi qui lui est applicable »<sup>1700</sup>. La discipline du droit international privé a pour fonction de formuler les solutions permettant la sélection de la norme la plus pertinente ou, *a minima*, la moins déraisonnable par rapport au fait juridique considéré.

Mais ce primat de l'autonomie de la volonté ne vaut que pour autant qu'il ne conduit pas les personnes privées à opérer un détournement, volontaire ou non, de certaines politiques jugées essentielles par l'État dans l'ordre interne. Les lois de police<sup>1701</sup> constituent le moyen pour l'État d'éviter une telle situation et de garantir l'effectivité de ses politiques économiques et sociales. Elles sont « la traduction dans l'ordre international des effets du rôle interventionniste de l'État sur les relations interindividuelles et de la réduction corrélative de la liberté contractuelle »<sup>1702</sup>. Elles se distinguent en droit international privé par leur domaine, leurs effet et leur fonction.

Le domaine d'application de la notion est flou. En effet, sont considérées comme telles « les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays. Leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation. [...] La notion recouvre, évidemment, non seulement les lois de droit public mais aussi toute la frange intermédiaire entre ce que l'on peut considérer encore comme étant, distinctement, le droit public et le droit privé »<sup>1703</sup>. Ce domaine n'est pas défini *a priori* et il revient au juge, *a posteriori*, de révéler que telle ou telle loi est dite de police, comme dans l'exemple de l'affaire de la *Compagnie des wagon-lits*<sup>1704</sup>. Ses effets, en revanche, sont plus précis. Elle se traduit par son impérativité. Son application ne peut donc être aménagée par le jeu du libre-arbitre<sup>1705</sup>. Ce mécanisme apparaît comme exceptionnel en ce qu'il conduit à déroger, en cas de conflits de lois, à celle normalement applicable par le libre jeu des volontés.

1700 CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 207.

1701 Également parfois dénommées « lois d'application immédiate » dans les écrits de la doctrine contemporaine ou, dans des écrits plus datés, « lois politiques » ou « lois de droit public ». Seule l'appellation de loi de police sera retenue dans le présent travail car, à notre connaissance, c'est la seule à être consacrée en droit positif.

1702 BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, Tome I, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2010, p. 593.

1703 FRANCESKAKIS Phocion, « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », *TCFDIP*, 1966-1969, p. 165.

1704 CE, 29 juin 1973, *Compagnie des wagons-lits*, n° 77982, Rec. p. 458. Cette société possédait son siège social en Belgique et des établissements en France. Elle y avait institué des comités d'établissement pour le personnel mais pas de comité central d'entreprise. Or, ce dernier, comme les premiers, constituaient une obligation au titre de l'ordonnance du 22 février 1945. Un syndicat demanda la création d'un tel comité, qui fut refusée. Le litige fut porté au contentieux et, en accord avec les méthodes de droit commun du droit international privé, la loi belge aurait du être désignée en tant que loi la plus pertinente pour résoudre une question relative à l'organisation même de l'entreprise. Le Conseil d'État n'a pas jugé ainsi, considérant implicitement cette ordonnance comme une loi de police, en affirmant que « la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de 50 salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprise ».

1705 FRANCOU Stéphanie, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, thèse, Bruylant-LGDJ, 2005, p. 552: « La caractéristique principale des lois de police réside dans leur caractère impératif. On rattache généralement celui-ci à la nature des intérêts protégés par les lois de police: ces intérêts jugés primordiaux par l'État concerné sont impératifs sur le plan interne, mais surtout sur le plan international ».

Ce domaine d'application et ces effets sont entièrement déterminés par la fonction de la loi de police dans l'ordre interne. En effet, elle ne constitue une dérogation admise au droit commun du droit international privé que dans le but de « corriger le résultat de la règle de conflit lorsqu'une politique fondamentale de l'État saisi est en cause »<sup>1706</sup>. La liberté individuelle d'exercer des opérations juridiques internationales peut en effet conduire une personne privée, à dessein ou par accident, à faire relever sa situation de la compétence d'un autre État que celui de sa résidence. Cet échappement de la compétence de l'État du for au profit d'un autre État peut alors aboutir au contournement et à la remise en cause de dispositions internes. Ce détournement peut alors, s'il est réitéré par d'autres personnes, remettre en cause l'équilibre recherché par le législateur dans l'ordre interne par l'adoption de l'instrument juridique contourné. L'évasion fiscale ou l'attribution de pavillons de complaisance en droit maritime constituent de parfaits exemples, tolérés dans l'ordre interne car non régis par une loi de police, de ce type de contournement.

Ainsi, une loi de police vise à l'effectivité dans l'ordre interne d'une politique législative déterminée, en neutralisant ses éventuels contournements par le recours au *forum shopping*. Cette recherche d'effectivité se traduit en ce qu'elle délimite elle-même son propre champ d'application<sup>1707</sup>, y compris de manière extraterritoriale et sans égards pour les normes en la matière existant dans les États tiers.

Cette définition, classique en doctrine, a été synthétisée et traduite pour ainsi dire telle quelle en droit positif européen. Constitue ainsi une loi de police dans le Règlement Rome I « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »<sup>1708</sup>. Ce faisant, le droit de l'Union consacre, sous couvert de droit international privé, un concept issu du droit public français.

#### *a-2) Un concept de droit privé d'origine publiciste*

Si les manifestations d'une conception publiciste de la notion de police sont si nombreuses en droit international privé, c'est qu'elles se fondent sur certaines théories classiques à la base de certains pans du droit public.

Cette origine publiciste de la notion de loi de police est d'abord perceptible dans ses manifestations.

Il existe une tendance naturelle du droit international privé à interférer avec le droit public ou à en emprunter certains de ses mécanismes et concepts<sup>1709</sup>. Cette tendance est tellement marquée

1706 FRANCO Stéphanie, *op. cit.*, p. 550: « Que ce soit en raison des défauts de la règle de rattachement ou pour d'autres raisons, l'on s'accorde à considérer que les lois de police apportent une dérogation au jeu normal des règles de conflit bilatérales. La caractéristique générale des lois de police serait de corriger le résultat de la règle de conflit lorsqu'une politique fondamentale de l'État saisi est en cause ».

1707 FRANCO Stéphanie, *op. cit.*, p. 551.

1708 Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE L 177 du 4 juillet 2008, p. 6, article 9,1.

1709 FREYRIA Charles, « La notion de conflit de lois en droit public », *TCFDIP*, 1962-1964, séance du 29 mars 1963, p. 103 : « bien des disciplines sont de caractère composite ; le droit international privé n'échappe pas à cette constatation puisqu'une bonne partie de ses préoccupations relève du droit public ». Certains auteurs évoquent même un « rêve d'annexion » du droit public par le droit international privé: LERBOURS-PIGEONNIERE Paul et

que certains auteurs classiques en droit public ou en droit international privé, comme Léon Duguit pour le premier et Jean-Paulin Niboyet pour le second, ont pu défendre explicitement l'idée selon laquelle le droit international privé constituerait une branche du droit public interne<sup>1710</sup>.

Cette tendance ne date pas d'hier, mais tend à être renforcée par la communautarisation du droit international privé. En effet, l'emprise croissante du droit de l'UE sur cette matière aboutit à un décloisonnement de la discipline et à la réintégration d'éléments de droit public constitutifs du droit administratif international qui en avaient été évincés au fil du temps<sup>1711</sup>. Cette tendance se caractérise d'abord, dans une acception large du droit international privé, par un recoupement matériel avec certaines problématiques généralement associées au droit public, telles que la réglementation relative aux étrangers et celle relative à la nationalité. Pour ce qui concerne notre sujet, cette tendance se caractérise par ce que, de l'aveu même des auteurs spécialisés en droit international privé, la notion de loi de police apparaît comme fondamentalement incompatible avec la séparation entre droit public et droit privé<sup>1712</sup>. Cette notion intégrerait alors, à l'instar du droit économique<sup>1713</sup>, un domaine tiers prenant autant en considération tant des intérêts publics que privés<sup>1714</sup>. La notion de loi de police semble donc *a priori* non susceptible d'être intégralement rattachée au droit privé, alors qu'elle trouve dans le droit public de très forts ancrages.

L'argument principal au renfort de cette thèse est que le concept de loi de police trouve son fondement dans une notion de police spécifique au droit public et tardivement intégrée au droit international privé. Historiquement en effet, la notion de police est tellement consubstantielle au droit administratif que ce dernier, avant d'acquérir cette dénomination, était désigné comme la « science de la police »<sup>1715</sup>. Cette acception large aboutissait en pratique à ce qu'avant le XX<sup>ème</sup>

LOUSSOUARN Yvon, *Précis de droit international privé*, Dalloz 1970, n° 319.

1710 DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat, le droit et l'Etat - les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, 4<sup>ème</sup> édition, E. de Boccard, 1923, p. 38 : « On distingue souvent le droit international public et le droit international privé. En réalité, cette distinction n'existe pas ; ce qu'on appelle le droit international privé est véritablement du droit public, puisqu'il comprend les règles s'appliquant aux conflits nés entre deux États, en tant que par leur législation ils règlent les rapports privés de leurs sujets ou des personnes qui se trouvent sur leur territoire » ; NIBOYET Jean-Paulin, *Traité de droit international privé*, Tome 1, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1947, n° 56 et ss.

1711 BERGE Jean-Sylvestre, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », in BERGE Jean-Sylvestre, NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire dans le droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 217; FRANCOU Stéphanie, *op. cit.*, p. 63, note n° 166 : « le droit communautaire se centre sur des activités et les conçoit dans tous leurs aspects; ceci conduit à sortir le droit international privé des matières étroites dans lesquelles on l'avait confiné, lui ôtant des pans entiers de l'activité transnationale régis par le droit administratif ou pénal international ».

1712 Certains auteurs estiment même que rarement au sein de cette matière la séparation entre le droit public et le droit privé n'a semblé aussi artificielle: voir MUIR-WATT Horatia, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de loi ?) », *APD*, n° 41, 1997, pp. 207-214.

1713 Dont il a été établi *supra* qu'il constituait un pan du droit public laissé en friche par les publicistes eux-mêmes, et défendu par des notions sensées lui donner une certaine autonomie à l'égard du droit public comme les notions d'ordre public économique ou de régulation. Voir *supra*.

1714 SÉNÉCHAL-L'HOMME Anne-Marie, *Les critères des lois de police (étude de droit international privé)*, thèse, Paris X, 1981, p. 63, à propos de la notion de loi de police : « nous sommes justifiées à parler d'un droit mixte, d'une « zone grise » ou « intermédiaire » comprenant les lois visant à part sensiblement égales les intérêts privés et les intérêts publics (...). Mais cette idée s'est imposée avec une force particulière du fait notamment de la création d'une discipline nouvelle, celle du droit économique où l'empreinte du Pouvoir qui caractérise traditionnellement le droit public a nettement marqué les rapports réputés inégalitaires des contractants privés pour former une discipline distincte ».

1715 CHEVALLIER Jacques et Lochak Danièle, *Science administrative, Tome I – Théorie générale de l'institution administrative*, LGDJ, 1978, p. 15 et ss.

siècle, les notions de police et d'administration soient considérées comme synonymes<sup>1716</sup>. Son sens premier, avant le XX<sup>ème</sup> siècle, n'aboutissait pas pour autant à bannir l'usage du concept en droit privé. En effet, le Code civil comporte deux dispositions, l'article 3<sup>1717</sup> et l'article 714<sup>1718</sup>, qui révèlent une certaine réception du concept de police en droit privé au XIX<sup>ème</sup> siècle. La notion de police telle qu'employée dans cet article 3 aboutit à justifier le champ d'application particulièrement extensif des lois de police parce qu'elle apparaît comme consubstantielle à l'État<sup>1719</sup>. Le champ couvert par les lois de police de l'article 714 semble désigner quant à lui ce qui aujourd'hui serait considéré comme les règles de gestion du domaine public<sup>1720</sup>. D'un point de vue matériel, les choses communes telles que découlant de l'article 714 du Code civil sont « celles qui existent en quantité telle qu'il n'y a aucun intérêt à avoir sur elles un droit privatif » telles que l'air,

1716 GUILLOUARD Jean, *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs: autorisations, actes d'exécutions, concessions*, Pedone, 1903, p. 23 dans le corps du texte et, dans sa note de pas de page n° 1, citant notamment Nicolas DELAMARE pour qui, dans son *Traité de 1705 sur la police*, cette dernière est considérée comme « le règlement de la cité »; WALINE Marcel, *Droit administratif*, 9<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1963, p. 637: « dans la langue du XVIII<sup>ème</sup> siècle (on trouve l'expression dans le « Télémaque » de Fénelon), on parlait d'un État « policé » pour signifier un État qui avait substitué des règles de Droit à l'arbitraire du Prince ; le mot « police » tendait donc à être assimilé au mot « Droit » ». Pour une synthèse complète des sens attribués à la notion de police depuis le XV<sup>ème</sup> siècle, voir GUGLIELMI Gilles, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française: de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Volume 157, 1991, p. 191 et s.

1717 Code civil, article 3: « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ».

1718 Code civil, article 714: « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

1719 PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Confluences, 1999, p. 70: « Toutes les lois, quoiqu'émanées du même pouvoir, n'ont point le même caractère, et ne sauraient conséquemment avoir la même étendue dans leur application, c'est à dire, les mêmes effets; il a donc fallu les distinguer. Il est des lois, par exemple, sans lesquelles un État ne pourrait subsister. Ces lois sont toutes celles qui maintiennent la police de l'État, et qui veillent à sa sûreté » et, sur la même page: « Nous déclarons que des lois de cette importance obligent indistinctement tous ceux qui habitent le territoire ».

1720 DE GERANDO Joseph-Marie, *Institutes du droit administratif français*, Nève, Paris, 1829, Tome 1. L'auteur semble considérer que les lois de police visées par cet article désignent les règles de gestion du domaine public, non pas en prenant parti explicitement mais au vu de remarques ou d'emplois d'expression significatives. Ainsi, p. 40: s'ouvre un chapitre consacré aux « Règlements de police relatifs aux choses qui demeurent en jouissance commune » et énonçant que « Trois choses restent principalement en jouissance commune: la voie publique, les eaux et l'air ». A la page 67, commence une section consacrée au thème « Des Lois de police et des règlements administratifs », et énonçant en son introduction que « Les lois de police et les règlements administratifs ont essentiellement pour objet les choses communes, et les servitudes d'utilité publique ». Son premier exemple est l'article 714 du Code civil, au terme duquel: « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Les lois de police règlent la manière d'en jouir » ; LAURENT François, *Principes de droit civil français*, Tome 6, 4<sup>ème</sup> édition, Bruylant -Christophe et Cie, 1887, p. 6: « Nous croyons que l'article 714 se rapporte plutôt aux choses que les jurisconsultes romains appellent publiques, c'est à dire celles dont l'usage appartient à tous les citoyens. Ce sont celles que l'article 538 place dans le domaine public, par la raison qu'elles ne sont pas susceptibles d'une propriété privée: telles sont les routes et les rivières navigables ou flottables » et à la même page: « Si le code les considère comme dépendances du domaine public, c'est à raison de l'usage que tous les citoyens en peuvent faire, usage qui est réglé par des lois de police ». De manière plus indirecte, voir également HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 3<sup>ème</sup> édition, Larose, 1897, pp. 602-603, à propos des cours d'eau, dans un paragraphe consacrés aux polices spéciales de l'État: « L'opinion la plus généralement suivie est qu'ils sont de ces choses dont parle l'article 714, C. civ. » et p. 603: « L'État a la police des petits cours d'eau et ce droit de police est exercé par les préfets. Il a un double objet: 1° assurer le libre écoulement des eaux et prévenir ainsi ou faire cesser les causes d'insalubrité ou d'inondation; 2° assurer la meilleure utilisation possible des eaux ».

la mer et les eaux courantes<sup>1721</sup>. Cette origine publiciste de la notion de loi de police se serait perdue avec le temps, selon certains spécialistes de droit international privé, justifiant ainsi une acception autonome du concept dans cette matière<sup>1722</sup>. Or, certaines similarités entre les notions de police et de loi de police en droit international privé et en droit administratif tendent à contredire une telle affirmation. Il semble d'autant plus nécessaire de s'y pencher que certains auteurs intervenant dans ce domaine du droit international privé se sont intéressés à la question de l'appartenance des « lois de droit public » à la catégorie *a priori* propre au droit international privé de loi de police.

Cette origine publiciste de la notion de loi de police est ensuite perceptible dans ses fondements théoriques.

Il existe deux éléments essentiels de justification théorique à l'exportation du concept de police en droit international. Le premier est la théorie du pouvoir fédératif chez Locke. Le second réside dans la conception du solidarisme.

Le premier de ces fondements possibles n'est saisissable qu'après un détour par le droit interne. En nous appuyant sur une distinction établie par le professeur Étienne Picard dans sa thèse, il est possible d'imaginer un fondement relevant de la théorie constitutionnelle à l'existence de polices internationales. En effet, cet auteur établit dans sa thèse une « typologie des formes statutaires fondamentales de la police » fondée sur une conception de la séparation des pouvoirs propre à Montesquieu : il existe une police législative, judiciaire et administrative de la même façon qu'il existe un pouvoir législatif, judiciaire et exécutif<sup>1723</sup>. Mais l'on pourrait employer une conception concurrente, celle de John Locke, qui n'établissait comme pouvoirs que le législatif, l'exécutif et le fédératif. Le détour par cette conception alternative de la séparation des pouvoirs permet d'apporter une première justification théorique à l'internationalisation des polices internes.

En effet, John Locke, dans son *Second traité du gouvernement*, distingue des pouvoirs législatif et exécutif ce qu'il appelle le « pouvoir fédératif », qui comprend « le droit de paix et de guerre, celui de former des ligues et des alliances, ainsi que de mener toutes sortes de transactions avec toutes les personnes et toutes les communautés extérieures à la république ». Il apparaît comme un pouvoir « naturel parce qu'il correspond au pouvoir que tout homme possédait naturellement avant d'entrer en société. En effet, dans une république, les différents membres sont, les uns par rapport aux autres, des personnes distinctes et, comme tels, ils sont gouvernés par les lois de la

1721 PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1946, p. 830, à propos des lois de police qui en « règlent la manière d'en jouir », il ajoute que « ces règlements sont nombreux et importants, car l'usage que pourrait en faire une personne empêcherait l'usage par une autre. C'est ainsi que des règlements déterminent la circulation dans la mer, dans les fleuves, dans l'air, qu'il est interdit de polluer les eaux, de projeter des fumées dans l'atmosphère ».

1722 SÉNÉCHAL-L'HOMME Anne-Marie, *op. cit.*, p. 7, à propos de l'article 3 du Code civil: « Les auteurs s'accordent sur ce point pour estimer que le terme de lois de police recouvrait la réglementation administrative impliquant la présence ou l'intervention de l'organisation étatique et appartenant comme telle au droit public. Quant au terme de lois de sûreté, il désignait les lois pénales, elles-mêmes très proches du droit public ». et pp. 7-8: « Bien que le texte de l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil soit resté identique jusqu'à nos jours, l'interprétation qui en a été et qui en est actuellement donnée a considérablement évolué, ceci notamment dans deux directions essentielles. Ainsi, si les lois de police et de sûreté visaient autrefois le droit administratif et le droit pénal, il se trouve que l'on hésite aujourd'hui pour le moins à inclure ces matières dans le domaine des lois de police et de sûreté. Cette expression a donc perdu son sens étymologique pour ne plus fonctionner que comme une référence à la disposition du Code civil y relative, un repère ou encore un point de ralliement ».

1723 PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 523-529.

société ; mais, par rapport au reste du genre humain, ils ne forment qu'un seul corps qui demeure dans l'état de nature avec le reste de l'humanité, comme c'était le cas auparavant de chacun de ses membres. C'est pourquoi les litiges qui surgissent entre un membre de la société et ceux qui n'en font pas partie sont pris en charge par la communauté, et si une injustice est commise envers l'un des membres du corps, cela engage toute la communauté à en demander réparation. Ainsi, envisagée de ce point de vue, la communauté tout entière ne forme qu'un seul corps qui se trouve dans l'état de nature vis-à-vis de toutes les autres républiques et de toutes les personnes qui ne font pas partie de cette communauté »<sup>1724</sup>.

Cet auteur établit une distinction plus nette entre le législatif et le fédératif qu'entre ce dernier et l'exécutif<sup>1725</sup>. Son intuition concorde avec l'observation des autorités de police administrative françaises dans leur mission de police administrative internationale. En revanche, cette séparation paraît trop abrupte d'avec le pouvoir législatif car, l'histoire récente le démontre, une loi de police peut avoir un objet fédératif en organisant à l'avance les relations entre les citoyens d'un État et ceux des autres<sup>1726</sup>.

Quant au second de ses fondements, le solidarisme profite avant tout aux polices administratives spéciales internes en tant qu'il conduit à actualiser et compléter les théories du contrat social. Ce faisant, il permet de concevoir et de justifier une relativité accrue des droits et libertés dans une société connaissant un renforcement accru de la division du travail social. C'est parce que nous vivons en société que nos droits et libertés se trouvent par nature limités, la solidarité fondant cette idée de nature. Mais le solidarisme permet également de justifier le déploiement de ces polices dans les domaines du droit international et du droit civil, à tout le moins la version élaborée par Léon Duguit. Ce dernier reformule la conception de Durkheim sur la solidarité par la division du travail ainsi : « Le lien qui unit les hommes entre eux n'est plus ici la communauté des pensées et des vouloirs, c'est au contraire la différence des pensées et des vouloirs, la différence des désirs et des besoins : les hommes se conçoivent unis les uns aux autres parce qu'ils ont des aptitudes particulières à chacun, parce qu'ils ont des besoins divers, et qu'en échangeant leurs services ils peuvent assurer la satisfaction de ces besoins divers »<sup>1727</sup>. Sur cette base, il conçoit une extension internationale de cette doctrine, en considérant que « de même que tout groupement social implique une discipline, qui est le droit objectif interne, de même, quand des liens de solidarité se forment entre individus appartenant à des groupes différents, se constitue en même temps un groupe intersocial qui implique une discipline intersociale, laquelle est précisément le droit intersocial, l'embryon du droit international moderne »<sup>1728</sup>.

Cette extension de la conception solidariste au droit international se justifie essentiellement par le progrès technique qui a permis de rendre possible une solidarité internationale, c'est à dire au

1724 LOCKE John, *Le second traité du gouvernement*, 1690, trad. SPITZ Jean-Fabien, rééd., PUF, 1994, p. 106.

1725 LOCKE John, *op. cit.*, pp. 106-107 : « Ces deux pouvoirs, l'exécutif et le fédératif, sont certes réellement distincts en eux-mêmes ; mais puisque l'un concerne l'exécution des lois nationales de la société vis-à-vis de tous ceux qui sont membres de celle-ci, et que l'autre est chargé de la sécurité et des intérêts extérieurs de la communauté vis-à-vis de tous ceux qui peuvent lui être utiles ou nuisibles, ces deux pouvoirs sont presque toujours réunis ».

1726 Pour une conception large et concordante de l'administration internationale, voir DE MARTENS Frédéric, *Traité de droit international*, tome 2, traduction par M. Léo Alfred, Chevalier-Marescq et Cie, 1886, p. 5 : « L'administration internationale a pour objet l'ensemble de toutes les mesures administratives ou juridiques dont la sphère s'étend au delà des frontières. Elle est par conséquent beaucoup plus vaste que l'administration intérieure. Elle comprend non seulement les mesures administratives proprement dites, dont le soin regarde le pouvoir exécutif, mais encore les actes législatifs et judiciaires en tant qu'ils touchent aux intérêts généraux ayant un caractère international ».

1727 DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003, p. 47.

1728 DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1927, p. 186

fond la possibilité accrue pour des particuliers d'entrer en relation avec leurs semblables par delà les frontières, que cela soit sous une forme physique ou dématérialisée. Ainsi, Léon Duguit considère que « la transformation économique et industrielle profonde, qui s'est accomplie depuis un siècle dans toutes les nations civilisées (...) a fait naître pour les gouvernants beaucoup de devoirs nouveaux. L'interdépendance étroite qui existe entre les peuples, la solidarité des intérêts économiques, les échanges commerciaux qui deviennent chaque jour plus nombreux et aussi le rayonnement des idées morales, des découvertes et des doctrines scientifiques imposent à tous les États l'obligation d'organiser des services publics qui assurent d'une manière permanente les communications internationales. C'est ainsi que s'est constitué un service public qui dans tous les pays modernes occupe le premier plan : le service des postes et des télégraphes. *Pour aucun autre n'apparaît mieux le caractère juridique de l'obligation qui s'impose aux États, obligation à la fois de droit interne et de droit international.* Dans aucune institution moderne n'apparaît mieux que dans le *service international* des postes la solidarité d'obligations et de droits qui unit toutes les nations »<sup>1729</sup>. L'accroissement de cette interdépendance entre les nations et entre les individus indépendamment de leur État d'origine s'est traduit en droit par la conclusion, à partir de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, de traités internationaux de nature « sociale »<sup>1730</sup>, ayant précisément pour objet l'encadrement de ces relations transnationales, à l'instar de celles organisant le service public international des communications dématérialisées<sup>1731</sup>. Si le développement de ces relations transnationales prend la forme, à titre principal, de prestations de services<sup>1732</sup>, elle ne s'y réduit pas et s'affirme dans le même temps par des conventions encadrant des libertés internes connaissant, du fait des progrès techniques, un exercice dépassant ou susceptible de dépasser le seul cadre du droit interne.

#### b) Les lois de police, polices administratives internationales spéciales

La fonction unitaire d'encadrement de la liberté a pour but de permettre d'assurer la viabilité d'un système libéral, dans lequel la liberté individuelle est protégée et encouragée en tant que facteur premier de paix et de richesse. Pour rendre l'exercice de cette liberté compatible avec des valeurs préexistantes reconnues comme essentielles, des mesures sont adoptées qui apportent à cette liberté des restrictions *a priori* et *a posteriori*. La police constitue alors le moyen nécessaire d'une politique libérale conciliée avec des valeurs préexistantes constituées en ordre public. Au delà des différences sémantiques, elle constitue une notion dont la fonction se décline de manière identique au fond en science politique et en histoire du droit, en droit public, en droit de l'UE et en droit international privé. Dans le cadre d'un triptyque entre liberté, ordre public et police, elle apparaît comme ayant une fonction commune à tout processus de libéralisation (b-1). Cette communauté de fonction trouve une illustration particulièrement remarquable lorsque l'on compare la fonction de police en droit international privé avec celle du droit administratif. En effet, loi de police et police administrative spéciale apparaissent comme les deux faces d'une même pièce, selon que l'on considère l'ordre interne ou l'ordre externe visé par la réglementation d'une

1729 DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, pp. 48-49.

1730 KAZANSKY Paul, *op. cit.*, p. 353 : « Les États ont depuis longtemps signé entre eux des traités relatifs aux intérêts de leur commerce. Ce sont même les premiers accords internationaux d'intérêt social qui ont été conclus. Mais c'est pendant la seconde moitié et surtout pendant le dernier quart du XIX<sup>ème</sup> siècle, que les traités d'un caractère social se sont multipliés ; c'est à ce moment qu'ils ont commencé à régler presque toutes les questions principales de la vie sociale contemporaine ».

1731 Voir *supra*, titre 1, chapitre 2.

1732 DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003. Duguit y rejoint alors les thèses de Ricardo et de Smith sur la division du travail international : « Cette solidarité par division du travail se réalise, disons-nous, par l'échange des services dus aux activités différentes de chacun » (p. 52).

même activité (b-2).

*b-1) Un objet de police : la réglementation d'une liberté internationale spécifique*

L'objet de la police internationale, qu'elle se manifeste sous forme de loi de police ou de convention de police<sup>1733</sup>, bute sur un problème similaire à ce que l'on peut observer dans l'ordre interne : l'identification de la liberté réglementée. Mais à la différence de l'ordre interne français, dans lequel se trouve formalisé notamment dans l'article 4 de la DDHC l'existence d'un principe général de liberté, il n'existe rien de tel dans l'ordre international. Une façon très chauvine de contourner cette difficulté consisterait à utiliser cette même DDHC pour fonder l'existence d'un principe international de liberté. En effet, cette déclaration a été conçue historiquement pour être universelle. Sans toutefois totalement écarter cet élément, il convient d'envisager la question différemment, en déplaçant le cadre d'analyse d'une conception formaliste du droit à une conception sociologique.

Une telle conception formaliste trouve à s'exprimer, en matière de libertés, sous la plume du professeur Philippe Braud, dans sa thèse consacrée à la notion de liberté publique : « Il n'y a de libertés publiques que « nommées » par le droit, c'est à dire explicitement posées par une norme. C'est ce qui permet de les opposer aux droits naturels qui demeurent en dehors de l'ordre juridique positif »<sup>1734</sup>. Par nommé, il entend consacré en droit et bien identifié. Le « nommage » par le droit n'est donc pas le nommage du sens commun, au sens de désignation par une expression permettant d'identifier la liberté en cause. Ce faisant, il s'appuie très directement sur une conception kelsénienne de la liberté publique, qui doit dans cette optique être distinguée de cette « liberté que l'ordre juridique laisse aux individus de façon négative, simplement par le fait qu'il ne leur interdit pas une certaine conduite »<sup>1735</sup>. Une telle conception est déjà critiquable dans l'ordre interne<sup>1736</sup>, ayant à ce titre directement contribué à occulter l'objet réel du droit des données personnelles par une conception restrictive de la notion de liberté publique<sup>1737</sup>. Elle le devient encore plus dans l'ordre international qui, par la force des choses, c'est à dire l'absence de super-État, se caractérise précisément par une carence de l'intervention du droit formel. Mais le droit positif ne saurait se réduire au droit explicitement posé et formalisé en règles de droit.

Ayant pour fonction de régir les activités humaines, il ne peut opérer en faisant une totale abstraction de la matérialité de ces activités. C'est la raison pour laquelle la coutume constitue une source reconnue du droit. Elle est notamment consacrée dans la Convention de Vienne<sup>1738</sup> comme une des sources reconnues du droit international public. Il en résulte qu'en droit international comme en droit interne, un fait ou comportement humain réitéré avec plus ou moins de constance

1733 Voir *supra*.

1734 BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, op. cit., p. 271.

1735 Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, traduction Charles Eisenmann, Bruylant - LGDJ, 1999, p. 50.

1736 Et à ce titre très justement critiquée, notamment par Maurice HAURIOU, pour qui une telle conception aboutit à ce que « Le primat de la liberté est remplacé par celui de l'ordre et de l'autorité. La maxime fondamentale n'est plus « Tout ce qui n'est pas défendu est permis jusqu'à la limite », elle est « Tout ce qui n'est pas conforme à la Constitution hypothétique est sans valeur juridique ». (...). Le joug d'une pareille philosophie serait pour le droit pire que celui de la théologie », in HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1929, p. 11.

1737 Voir *supra*, Titre 2, chapitre 1.

1738 Dont on rappellera, pour l'évoquer à nouveau *infra*, que bien que non ratifiée par la France, elle se trouve parfois employée et, à tout le moins, non contestée par cet État à l'occasion de son application lors d'arbitrages. Sur la question, voir DECAUX Emmanuel, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, pp. 42-43.

peut aboutir à la création d'une règle de droit. Or, le fait est que l'inexistence d'un super-État a conduit dans l'histoire de l'humanité à l'exercice non ou peu encadré d'une liberté du commerce international, entendue comme liberté de traverser des frontières pour aller à la rencontre de ses semblables. Dès la toute fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, le professeur Pillet ne disait pas autre chose : « le commerce international est un pur fait, mais un fait qui a donné naissance au droit international tout entier. Mais il y a quelque chose à ajouter à cela. Le commerce international est un fait nécessaire, nous n'en voulons d'autre preuve que celle-ci : il a toujours existé, il apparaît comme un phénomène constant dans l'histoire de l'humanité, et, à en juger par la marche actuelle des choses, le commerce universel a une chance de survivre même aux États et au droit international »<sup>1739</sup>.

En effet, s'il n'existe pas sur le plan formel de norme établissant un principe général de liberté dans l'ordre international, ou une formulation équivalente consacrant un principe international de respect de l'autonomie individuelle, certaines libertés spécifiques se trouvent être explicitement consacrées et un tel principe général peut alors être établi à partir d'un faisceau d'indices.

Il peut exister sans être consacré à raison de la philosophie générale du droit encadrant certaines relations internationales, et qui affleure parfois dans certaines décisions de jurisprudence internationale<sup>1740</sup>. A cet égard, l'internationalisation des instruments relatifs au commerce international et aux droits de l'homme n'a fait que traduire dans l'ordre international le libéralisme économique et politique dont elles procèdent dans l'ordre interne d'États dits occidentaux.

Ainsi, le droit international économique procède d'une idée de la pacification des relations internationales fondée sur le libre échange. L'idée de liberté est consubstantielle au GATT, sans qu'elle ne soit explicitement nommée. Il en va de même en droit interne français où la liberté de commerce et de l'industrie est demeurée une réalité, en dépit d'une consécration très rare et essentiellement jurisprudentielle grâce à la technique des principes généraux du droit.

Dans un autre registre, le droit international des droits de l'homme consacre, fondamentalement c'est à dire en son fondement, le principe d'autonomie individuelle<sup>1741</sup>. Or, ce principe est à la base du droit des contrats. Il trouve donc une certaine traduction dans la liberté internationale de contracter.

Par ailleurs, l'existence d'une liberté de commerce international au sens large n'est peut être pas attestée de manière directe mais elle se déduit logiquement de l'existence d'une police sanitaire internationale<sup>1742</sup> déjà ancienne. En effet, historiquement, cette police apparaît comme une réglementation de la liberté du commerce international. Elle en constitue, à cet égard, une contrepartie nécessaire, permettant pour les États de compenser les risques du commerce

1739 PILLET Antoine, « Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », *RGDIP*, 1898, n°5, p. 72.

1740 CPII, Arrêt du 12 décembre 1934, *Affaire Oscar Chinn*, série A/B, n° 63, p. 84. La croyance en les vertus du commerce est l'un des fondements de l'économie contemporaine. La liberté du commerce a été définie par la Cour de justice internationale comme « la faculté en principe illimitée de se livrer à toute activité commerciale, que celle-ci ait pour objet le négoce proprement dit, c'est-à-dire la vente et l'achat de marchandises, ou qu'elle s'applique à l'industrie (...) qu'elle s'exerce à l'intérieur ou qu'elle s'exerce à l'extérieur par importation ou exportation ».

1741 Voir *infra*, deuxième partie.

1742 WEHBERG Hans, « La police internationale », *RCADI*, 1934, II, Tome 48, p. 51. Cet auteur, représentatif de l'école du droit administratif international de l'entre-deux guerres, fait ainsi figurer en bonne place, avec la police de la navigation maritime, la police sanitaire comme illustrations d'un phénomène plus général de développement de la police internationale.

international liés au transit des personnes humaines et des marchandises<sup>1743</sup>. Ainsi, « l'histoire enseigne que c'est la pratique des commerçants des cités marchandes du Moyen-Age, comme Venise et Marseille, qui est à l'origine du développement du droit international de la santé dont l'objet est celui de la protection de la santé. La raison en est simple : il est rapidement apparu que le développement des routes commerciales, grâce auxquelles les Romains joignaient les populations d'Europe, d'Asie et d'Afrique du Nord, était également un terrain de développement mondial des microbes. C'est donc le développement des relations commerciales internationales, notamment par voie maritime, qui entraîna l'établissement progressif d'une coopération sanitaire internationale, les Vénitiens étant, semble-t-il, les premiers à se préoccuper, dès 1348, de la protection contre les maladies importées par leurs navires »<sup>1744</sup>.

Ce premier temps de la police sanitaire internationale pouvait s'accommoder d'un procédé aussi grossier que les mesures quaranténaires. Mais l'accroissement du commerce international au XIX<sup>ème</sup>, donc de l'exercice de cette liberté internationale, impliquait l'adoption de mesures préventives moins restrictives de cette liberté<sup>1745</sup>. Ce furent l'objet des conférences sanitaires internationales au XIX<sup>ème</sup>, qui aboutirent à la signature d'un Code sanitaire international, certes rapidement obsolète à partir de 1865, mais préfigurant tout de même le règlement sanitaire international de l'OMS. Cet ensemble de mesures aboutit également à la création d'autorités de police internationale administrative, le conseil sanitaire de Constantinople et le conseil sanitaire maritime et quarantenaire d'Alexandrie, organismes internationaux chargés de décider de procéder aux mesures sanitaires et quaranténaires à des points clefs de diffusion potentiels d'épidémie entre l'Orient et l'Occident<sup>1746</sup>.

Cette première œuvre de construction d'une police internationale sanitaire fût reprise par l'OMS au sortir de la seconde guerre mondiale, sans rupture véritable, « confirmant le lien existant entre les questions de commerce international et celles de santé publique »<sup>1747</sup>. Un tel lien entre une liberté internationale et sa police est rappelé sans ambages par le Règlement sanitaire

1743 ROSCAM ABBING Henriette, « Santé, droits de l'homme et droit de la santé : vers une internationalisation, en particulier dans le contexte européen », *RILS*, 1998, vol. 49, p. 100 : « contre toute attente, le point de départ d'une action publique concertée dans le domaine de la santé se trouve non dans des préoccupations humanitaires pour la protection de la santé des personnes, mais dans le souci croissant d'éliminer les obstacles au commerce et aux exportations et dans la défense de l'Europe contre le « fléaux exotiques » ».

1744 JOURDAIN-FORTIER Clotilde, *Santé et commerce international*, thèse, Litec, 2006, pp. 13-14.

1745 JOURDAIN-FORTIER Clotilde, *op. cit.*, p. 15 : « jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle, dans la première moitié duquel le commerce international changea de nature, se développant énormément tant en volume qu'en vitesse. Les mesures nationales de quarantaine faisant alors peser sur le commerce international un coût important, des conférences sanitaires internationales commencèrent à être organisées. L'objet de ces conférences était double : il s'agissait de réfléchir aux mesures de santé publique -quarantaine et autres – que les États étaient susceptibles de mettre en œuvre afin de lutter contre la propagation des maladies face aux échanges commerciaux qui se multipliaient entre les nations, mais surtout d'uniformiser ces mesures prises individuellement par les États, afin de réduire les obstacles au commerce international qu'elles constituaient » et p. 16 : A la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, il devenait « de plus en plus apparent que la mesure de quarantaine, dans la forme où elle était organisée jusqu'alors, n'avait qu'un effet préventif réduit sur l'importation par les marchandises, ou les marchands, de maladies infectieuses. Son remplacement au profit d'autres mesures sanitaires plus libérales, moins restrictives pour les échanges commerciaux internationaux, fut l'un des buts du premier accord multilatéral à objet sanitaire signé le 30 janvier 1892 dans le cadre de la conférence sanitaire internationale de Venise » ;

1746 WEHBERG Hans, *op. cit.*, p. 55 : « Le Conseil sanitaire d'Alexandrie exerce une surveillance permanente sur l'état sanitaire de l'Égypte et sur les provenances des pays étrangers. Il a le droit d'envoyer des commissions d'inspection partout où il le juge nécessaire. Il arrête les mesures préventives ayant pour objet d'empêcher l'introduction en Égypte, par les frontières maritimes ou les frontières du désert, des maladies épidémiques ou des épizooties, ou d'arrêter l'expansion de ces maladies une fois apparues. Il établit tous les règlements sur le service de quarantaine et contrôle l'exécution des mesures qu'il a ordonnées ».

1747 JOURDAIN-FORTIER Clotilde, *op. cit.*, p. 16.

international (RSI), dans sa version en vigueur depuis 2005, dont l'article 2 relatif à la définition de son objet et de sa portée énonce que « L'objet et la portée du présent Règlement consistent à prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux ». La liberté du commerce international n'est pas nommée mais elle constitue implicitement l'objet de ce Règlement. Il en résulte que « le règlement sanitaire international prévoit les mesures sanitaires que les États sont susceptibles de prendre au départ, pendant le voyage et à l'arrivée des marchandises, et qui peuvent avoir pour effet de limiter la libre circulation des marchandises. Ainsi, à l'instar des anciennes conventions sanitaires internationales, la protection de la santé est envisagée sous la forme d'une barrière défensive aux échanges »<sup>1748</sup>. Le texte s'efforce donc de réduire les mesures sanitaires au strict minimum utile afin de ne pas nuire au commerce. L'esprit du règlement est d'« assurer le maximum de sécurité contre la propagation des maladies d'un pays à l'autre moyennant le minimum d'entraves au trafic mondial »<sup>1749</sup>. Dans cette optique, à titre d'exemple, un « principe de proportionnalité des barrières défensives instituées est expressément consacré »<sup>1750</sup>.

Dans certains domaines toutefois, une liberté internationale clairement identifiée comme telle fait l'objet de conventions internationales identifiant nettement en leur sein une liberté, un ordre public et une police administrative internationale. Tel est manifestement le cas pour la liberté de la mer, qui « a pour conséquence la liberté pour tous les États de se servir de la mer pour les divers usages dont elle est susceptible : navigation, pêche, immersion de câbles sous-marins » et, du fait du progrès technique, « le droit pour les aéronefs de tous les États de survoler la haute mer »<sup>1751</sup>. Cette liberté est avant tout un fait avant que d'être un objet de droit, pour ainsi dire une liberté par défaut : « La liberté de la mer a (...) été établie, sur constatation de l'impossibilité pour aucun État de rendre efficaces ses prétentions à la souveraineté de la mer »<sup>1752</sup>.

A raison de l'importance des activités liées à cette liberté de fait, la liberté de la mer a fait l'objet d'une convention de police, la Convention de *Montego Bay*<sup>1753</sup> la consacrant et en réglementant l'exercice en vue de la rendre compatible avec un ordre public spécial. Les trois éléments constitutifs d'une police administrative spéciale que sont la liberté, l'ordre public et la police y sont explicitement consacrés en tant que tels, justifiant à notre sens la qualification de « police internationale administrative » dont le régime est fixé par une convention de police.

Ainsi, cette liberté fait-elle l'objet d'un aménagement différencié selon que l'on évoque son exercice dans le cadre de la zone économique exclusive ou en haute mer<sup>1754</sup>. Elle est explicitement

1748 JOURDAIN-FORTIER Clotilde, *op. cit.*, p. 497.

1749 OMS, Règlement sanitaire international, 2<sup>ème</sup> édition, 2005, article 2.

1750 JOURDAIN-FORTIER Clotilde, *op. cit.*, p. 497.

1751 DUPUIS Charles, « La liberté des voies de communications et les Relations internationales », *RCADI*, 1924, Tome 2, p. 135.

1752 DUPUIS Charles, *op. cit.*, p. 136. Voir également p. 134, pour un rappel de l'ancienneté de cet argument de fait pour reconnaître une liberté de droit : dès 1609, Grotius publie son « *Mare liberum* », dans lequel « il soutient que la mer doit être libre, en s'appuyant sur le principe romain d'après lequel la mer ne peut être occupée ».

1753 Convention sur le droit de la mer, signée à Montego Bay (Jamaïque) le 10 décembre 1982.

1754 La première est définie positivement par l'article 55 de cette convention comme « une zone située au-delà de la mer territoriale et adjacente à celle-ci, soumise au régime juridique particulier établi par la présente partie, en vertu duquel les droits et la juridiction de l'État côtier et les droits et libertés des autres États sont gouvernés par les dispositions pertinentes de la Convention » La seconde est définie implicitement en opposition à la première : tout ce qui ne relève pas de cette zone, l'espace maritime interstitiel pour ainsi dire, constitue la haute mer.

consacrée et aménagée dans cette convention pour chacune de ces hypothèses<sup>1755</sup>. Cet aménagement vise à préserver l'exercice le plus large possible de cette liberté de la mer avec d'autres intérêts<sup>1756</sup>. Cet encadrement est assuré par des mesures de police explicitement désignées comme telles dans ce texte<sup>1757</sup>, en droit français<sup>1758</sup> et de longue date en doctrine<sup>1759</sup>.

Il résulte de ce qui précède que sans pour autant apparaître sous cette appellation, les libertés internationalement consacrées font l'objet d'une réglementation qualifiable de police administrative, que l'encadrement de ces libertés soit réalisé par un acte international ou un acte de droit interne. Cette qualification de police se justifie d'autant qu'en plus de partager le même objet que leurs homologues en droit interne, les polices internationales partagent la même

1755 Convention de Montego Bay, article 58,1 relatif à la liberté de la mer en ZEE : « Dans la zone économique exclusive, tous les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral, jouissent, dans les conditions prévues par les dispositions pertinentes de la Convention, des libertés de navigation et de survol et de la liberté de poser des câbles et pipelines sous-marins visées à l'article 87, ainsi que de la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés et compatibles avec les autres dispositions de la Convention, notamment dans le cadre de l'exploitation des navires, d'aéronefs et de câbles et pipelines sous-marins » et article 87 relatif à la liberté de la haute mer : « 1. La haute mer est ouverte à tous les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. Elle comporte notamment pour les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral : a) la liberté de navigation; b) la liberté de survol; c) la liberté de poser des câbles et des pipelines sous-marins, sous réserve de la partie VI; d) la liberté de construire des îles artificielles et autres installations autorisées par le droit international, sous réserve de la partie VI; e) la liberté de la pêche, sous réserve des conditions énoncées à la section 2; f) la liberté de la recherche scientifique, sous réserve des parties VI et XIII.

2. Chaque État exerce ces libertés en tenant dûment compte de l'intérêt que présente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres États, ainsi que des droits reconnus par la Convention concernant les activités menées dans la Zone ».

1756 Convention de Montego Bay, préambule : « Les États Parties à la Convention, Animés du désir de régler, dans un esprit de compréhension et de coopération mutuelles, tous les problèmes concernant le droit de la mer et conscients de la portée historique de la Convention qui constitue une contribution importante au maintien de la paix, à la justice et au progrès pour tous les peuples du monde, Constatant que les faits nouveaux intervenus depuis les Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer qui se sont tenues à Genève en 1958 et en 1960 ont renforcé la nécessité d'une convention nouvelle sur le droit de la mer généralement acceptable, Conscients que les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble, Reconnaissant qu'il est souhaitable d'établir, au moyen de la Convention, compte dûment tenu de la souveraineté de tous les États, *un ordre juridique* pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources, la conservation de leurs ressources biologiques et l'étude, la protection et la préservation du milieu marin, Considérant que la réalisation de ces objectifs contribuera à la mise en place d'un *ordre économique international* juste et équitable dans lequel il serait tenu compte des intérêts et besoins de l'humanité tout entière et, en particulier, des intérêts et besoins spécifiques des pays en développement, qu'ils soient côtiers ou sans littoral (...) ».

1757 Convention de Montego Bay, article 224 relatif à l'« Exercice des pouvoirs de police » : « Seuls les agents officiellement habilités, ainsi que les navires de guerre ou aéronefs militaires ou les autres navires ou aéronefs qui portent des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet, peuvent exercer des pouvoirs de police à l'encontre de navires étrangers en application de la présente partie » ; article 225 relatif à l'« Obligation pour les États d'éviter les conséquences néfastes que peut avoir l'exercice de leurs pouvoirs de police » : « Lorsqu'ils exercent, en vertu de la Convention, leurs pouvoirs de police à l'encontre des navires étrangers, les États ne doivent pas mettre en danger la sécurité de la navigation, ni faire courir aucun risque à un navire ou le conduire à un port ou lieu de mouillage dangereux ni non plus faire courir de risque excessif au milieu marin » ; article 233 relatif aux « Garanties concernant les détroits servant à la navigation internationale » : « Aucune disposition des sections 5, 6 et 7 ne porte atteinte au régime juridique des détroits servant à la navigation internationale. Toutefois, si un navire étranger autre que ceux visés à la section 10 a enfreint les lois et règlements visés à l'article 42, paragraphe 1, lettres a) et b),

fonction.

*b-2) Une communauté de fonction : la prévention d'un conflit de lois*

Il y a communauté de fonction entre les concepts de loi de police en droit international privé et de police administrative spéciale dans l'ordre interne en ce que les deux visent à trancher de manière préventive un conflit de lois et, par là même, à garantir *a priori* une certaine sécurité juridique dans l'exercice de la liberté en cause. Cette sécurité juridique est apportée par l'aménagement préventif entre une liberté internationale ou interne avec l'ordre public interne dans les deux cas.

Il y a prolongement de cette fonction de la police administrative spéciale en loi de police lorsque les aspects externe et interne de la liberté considérée recèlent tous deux des risques d'atteinte à l'ordre public interne. Dans ce cas, les dispositions relatives à la police administrative spéciale et à la loi de police peuvent être adoptées de manière complémentaires, quand elles ne font pas l'objet, comme en droit des données personnelles, d'un instrument commun à ces deux aspects.

En premier lieu, les notions de police administrative spéciale et de loi de police présentent des fonctions similaires. L'origine du constat réside dans la survivance de l'expression de « loi de police » en droit public. L'étude de ses emplois suggère une parenté entre la fonction qu'on lui prête en droit public et celle qu'elle a actuellement en droit international privé : cette expression ne « fleure [pas] l'ancien droit » sans aucun motif<sup>1760</sup>. En droit public, l'emploi de cette notion est relativement rare et plutôt descriptif: une loi dite de police est d'abord une loi instaurant un régime préventif réglementant une liberté, soit tout simplement une loi relative à la police<sup>1761</sup>. Cette rareté d'usage se justifie en ce que l'essentiel des mesures de police s'incarne dans des actes réglementaires<sup>1762</sup>. Mais cette préférence marquée dans l'incarnation d'une fonction dans un instrument juridique spécifique ne saurait conduire à assimiler police et règlement dans

causant ou menaçant de causer des dommages importants au milieu marin des détroits, les États riverains des détroits peuvent prendre les mesures de police appropriées tout en respectant *mutatis mutandis* la présente section ».

1758 En droit français, le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande énonce respectivement dans ses chapitre III et IV d'une part les « infractions touchant la police intérieure du navire », d'autre part celles « concernant la police de la navigation ». Pour l'encadrement de cette même liberté, le code des ports maritimes énonce les règles de « police dans les ports maritimes » (articles R. 301-1 à R. 304-12) et de « police du plan d'eau » (art. R. 311-1).

1759 Voir, de manière non exhaustive : WEHBERG Hans, *op. cit.*, p. 28 et s., où cet auteur évoque la « police de navigation ». Il en distingue la « police en haute mer » et, p. 38, la « police de cours d'eau et de ports internationaux » ; WINIARSKI Bohdan, « Principes généraux du droit fluvial international », *RCADI*, 1933, III, tome 45, p. 205 : « Par la force même des choses, les règles qui déterminent la liberté de la navigation ne peuvent généralement être appliquées que par les États riverains. Ce sont les États riverains qui édictent des règlements de navigation et en assurent la police ».

1760 BARLOY François, « Le conseil constitutionnel, la liberté individuelle et l'ordre public », *RA*, n°287, septembre-octobre 1995, p.486, note 18.

1761 CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, Tome 1, rééd. CNRS, 1962, p. 505 et ss. ; MORANGE Georges, *Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, thèse, Nancy-Laxou, 1940, pp. 51-52: Une « loi de police » est une loi relative à la police, comme la loi du 5 avril 1884 qui pose le principe de la police municipale et en énumère les éléments ».

1762 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 1: « Lorsque les limitations sont imposées par le législateur et ne requièrent aucune intervention de la part des autorités administratives, la police s'exerce par voie législative. On dit qu'il y a alors une loi de police. Lorsqu'au contraire, la discipline fait intervenir l'autorité administrative, il y a une police administrative ».

l'expression « règlement de police »<sup>1763</sup>. Ainsi, dans sa thèse consacrée à la notion de police administrative, le professeur Étienne Picard démontre l'existence de trois modalités d'expression de la fonction policière, calquées sur le principe de séparation des pouvoirs ou des fonctions de l'État: la police législative, la police judiciaire et la police administrative<sup>1764</sup>. Dans cette acception, une loi de police n'est jamais qu'une fonction de police incarnée dans cet instrument juridique spécifique qu'est une loi<sup>1765</sup>. Cet auteur appuie sa démonstration sur l'idée que cette notion de police législative découle implicitement des textes constitutionnels: toutes les dispositions de la DDHC de 1789 énonçant les actions de la loi (défendre, établir...) ainsi celles la Constitution du 3 septembre 1791, dont le titre 1<sup>er</sup> énonce que « La Constitution garantit (...) la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement (...) en satisfaisant aux lois de police ». Une loi de police ne constitue alors en droit public qu'une expression fonctionnelle et n'emporte pas, à la différence du droit international privé, l'application d'un régime spécifique<sup>1766</sup>. Cette expression n'y est employée que pour désigner une fonction particulière jouée par une loi<sup>1767</sup>.

Plus rarement en droit public, l'expression de « loi de police » est employée dans la matière des droits et libertés fondamentales pour y désigner indifféremment les lois relatives aux libertés publiques. En effet, si seul le législateur, au terme de l'article 34 de la Constitution, est compétent pour intervenir en la matière lorsque sont en cause les garanties fondamentales accordées aux citoyens dans leur exercice, les restrictions de police apportées à cette liberté ne peuvent l'être que par une loi. Une loi restreignant une liberté par des procédés de police constitue donc d'un point de vue fonctionnel une loi de police<sup>1768</sup>.

1763 WALINE Marcel, *Droit administratif*, 9<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1963, p. 638: « il ne faut pas confondre la notion de police avec une notion voisine, qui est celle de réglementation. Sans doute l'édiction de règlements est l'un des procédés par lesquels s'exerce le pouvoir de police, et c'est sans doute même le principal. Mais les deux notions ne coïncident pas entièrement »; PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, Tome 1, *op. cit.*, p. 19: « Mais les normes de police ne sont pas qu'administratives, puisqu'il existe aussi des « lois de police ». Ceci corrobore le fait que les autorités dites de police ne sont pas les seules à émettre des normes de police dès lors que le législateur n'est, lui non plus, généralement pas cité parmi les autorités de police » ; TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2009, p. 312: « Si les lois de police ne sont pas différentes des autres lois, les mesures administratives de police ont longtemps été regardées comme spécifiques au sein des actes administratifs unilatéraux ».

1764 PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, Tome 2, *op. cit.*, p. 523.

1765 BENOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 741: « Les autorités investies du pouvoir de prohiber sont tout d'abord les autorités de l'État-Nation, le Parlement et le Gouvernement. Le législateur élabore de multiples lois de police ; de nombreux décrets sont des décrets de police. Ainsi, tout le Code pénal n'est rien d'autre qu'une vaste loi de police, de même que les textes législatifs ou décrets sur la construction immobilière ou la police de la route »; PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, Tome 2, *op. cit.*, p. 524.

1766 BENOIT Francis-Paul, *op. cit.*, p. 741: « Cette notion de loi ou de décret de police ne présente toutefois, du point de vue qui nous occupe, c'est à dire en droit public interne, aucun intérêt. Nul régime juridique particulier n'est établi en effet pour les lois ou décrets ayant, par leur contenu, le caractère de lois ou décrets de police ».

1767 Voir par exemple ROSIN, *Verordnungsrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, 1895, p. 55, cité par Léon DUGUIT dans son *Traité de droit constitutionnel*, Éditions de Brocard, 3<sup>ème</sup> édition, Tome 2, 1928, pp. 224-225: « le contenu des ordonnances de police est constitué par des prescriptions de droit par lesquelles dans l'intérêt de la police les sujets sont astreints à des actes ou à une abstention sous une sanction pénale ; une loi de police faite par le parlement a exactement le même contenu ».

1768 Voir par exemple : BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7<sup>ème</sup> édition, Arthur Rousseau, 1913, p. 227 : « Nous allons voir de quelle manière les lois de police respectent les plus essentielles des libertés et pour quels besoins elles les limitent » ; DE LAUBADÈRE André, *Traité de droit administratif*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1976, p. 589: « La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus. La limitation des libertés ne résulte d'ailleurs pas seulement de l'exercice de la police administrative. Il

Or, cette survivance n'est pas fortuite car les procédés de loi de police en droit international privé et de police administrative en droit public révèlent une parenté de fonction. Cette parenté justifie la survivance du terme comme facilité de langage en droit administratif. Ce point commun réside dans la fonction disciplinaire de ces procédés. Il consiste en une correction par l'État d'un déséquilibre dans l'application d'un texte de droit statutaire. La correction de ce déséquilibre prend la forme d'une résolution d'un conflit de lois imposée par l'État. Pour le dire autrement, l'État établit par la loi un équilibre entre différents intérêts, dont certains se trouvent déjà consacrés en droit positif. Plutôt que de laisser le juge établir *a posteriori*, au hasard des affaires contentieuses, l'articulation entre ces différents intérêts, le législateur résoud préventivement ce conflit de lois. Une telle résolution permet alors de gagner en sécurité juridique dans la mesure où l'arbitrage fixé par le législateur vaut *erga omnes*, quand la même opération, réalisée par une juridiction, pourrait être moins sûre car plus dépendante de la sensibilité du juge et des faits de l'espèce. Léon Duguit illustre ainsi cet aspect fondamentalement préventif des lois de police : « il est défendu de tuer ou de voler ; la loi qui permet d'arrêter et de condamner le meurtrier ou le voleur n'est point une loi de police. Mais est, au contraire, une loi de police, la loi qui permet aux autorités compétentes de prendre toutes mesures préventives (rondes d'agents, patrouilles, tournées de gendarmerie) pour éviter autant que possible qu'il ne soit commis des vols et meurtres »<sup>1769</sup>.

D'un point de vue matériel, cette fonction implique la correction d'un équilibre défini par le législateur interne et susceptible d'être mis à mal par le libre jeu des volontés individuelles.

En droit administratif, l'instauration de procédés de police répond à la volonté de pallier aux carences du droit statutaire à se protéger lui-même. Il en constitue un procédé disciplinaire, en ce qu'il permet de corriger les défauts de son application, nés du libre jeu des volontés individuelles. Cette intervention de la puissance publique permet le règlement d'un conflit de lois en droit interne. Elle aboutit alors à faire primer l'application d'un instrument juridique dans le cadre d'une situation apte à être saisie par plusieurs instruments de finalités différentes en l'absence de solution donnée automatiquement par la hiérarchie des normes en présence<sup>1770</sup>.

existe, en effet, d'abord par les diverses libertés des régimes généraux organisés par les lois et qui, réglementant ces libertés, en limitent plus ou moins l'exercice: ainsi il existe un régime législatif de la liberté de culte, de la presse, du commerce et de l'industrie, etc. Ces régimes généraux législatifs forment les statuts des libertés publiques; les lois qui les organisent se rattachent aussi à la notion de police ; ce sont des lois de police ». Voir également MORANGE Georges, *op. cit.*, pp. 51-52: « Pour qu'en notre matière l'intervention de la loi soit efficace, il est nécessaire d'ailleurs qu'elle organise minutieusement la jouissance d'une activité humaine. En général tout au moins, plus la loi sera précise, plus l'activité sera libre. Les lois de police sont, en effet, de par leur nature même, conçues en termes généraux, c'est à dire que les autorités chargées de les appliquer jouissent d'une très grande liberté d'appréciation (...). La proclamation solennelle de la liberté d'une activité humaine est donc absolument inopérante si elle n'est pas accompagnée de textes précis limitant en conséquence les pouvoirs de police ».

1769 DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 2<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1923, p. 605.

1770 WALINE Marcel, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, *RDP*, 1930, pp. 221-222: « le pouvoir discrétionnaire, pour apprécier l'opportunité des mesures à prendre en présence d'une situation données, disparaît encore dans un troisième cas: lorsque l'Administration se trouve avoir à juger, pour apprécier son pouvoir de prendre telle décision, un véritable conflit de lois. Dans ce cas, en effet, il arrive ceci, que telle mesure n'est légale qu'à condition d'être opportune. Par exemple, le maire doit faire régner l'ordre (art. 97 de la loi de 1884) ; mais il doit aussi respecter la liberté du commerce (L. 2-17 mars 1791) ou le droit de propriété, etc. Il se peut que le maintien de l'ordre ne puisse être obtenu qu'au prix d'une atteinte à une liberté publique, à la liberté du commerce, par exemple. Ou bien le maire manquera à sa mission de police et désobéira ainsi à la loi de 1884, ou bien il restreindra une liberté publique, dont il violera ainsi la loi organique ; inéluctablement, le maire doit sacrifier une des deux lois. *Il y a donc, dans son attitude, la solution*

En droit administratif, cette fonction de règlement des conflits de lois par l'emploi de procédés de police administrative peut être distinguée selon le moment de la résolution par rapport au moment de la survenance du conflit. Lorsque le procédé de police administrative intervient postérieurement à la survenance du conflit, la mesure adoptée vise à *rétablir* un équilibre rompu et prend de ce fait la forme d'une mesure de police administrative générale. Lorsque le procédé de police est antérieur à la survenance du conflit, son but est d'*établir a priori* un équilibre voulu par le législateur mais que le seul jeu des initiatives individuelles est impropre à garantir. Il emprunte alors au procédé de la police administrative spéciale<sup>1771</sup>. Il s'agit alors non pas de rétablir un équilibre, mais de l'établir en arbitrant préventivement les conflits de normes pouvant survenir à l'occasion de l'exercice de la liberté considérée<sup>1772</sup>.

Au surplus, l'emploi d'un tel procédé trouve une motivation supplémentaire dans la prévention de troubles à l'ordre public difficilement réparables *a posteriori*. Tel serait le cas en matière de droit des données personnelles s'il n'existait pas de principe formel d'interdiction de transferts de données personnelles vers des pays tiers et de contrôle en la matière. En effet, comment même oser espérer mettre en œuvre une quelconque protection sur ses données si elles se trouvent faire l'objet d'un traitement au sein d'un État étranger ne comportant aucune norme en la matière? L'anticipation raisonnable d'une difficulté, voire d'une impossibilité à réparer le trouble à l'ordre public, commande alors une résolution unilatérale et *a priori* du conflit de loi par une police administrative spéciale dotée d'une portée extraterritoriale.

Par rapport à ce qu'elle recouvre en droit public, la notion de loi de police propre au droit international privé exerce une fonction similaire au fond. Seule l'étendue de son champ d'action diffère. En effet, les lois de police se caractérisent par un élément finaliste, qui tend à considérer une situation externe comme le prolongement nécessaire d'une situation interne. En effet, une loi de police, «davantage qu'une technique particulière de délimitation de l'applicabilité d'une norme matérielle, (...) n'est que cette transposition directe d'un but de protection, la situation internationale visée étant dès lors traitée comme une situation interne»<sup>1773</sup>. Son objet est de protéger un équilibre posé par le législateur dans l'ordre interne de ses éventuels dévoiements à raison du libre jeu des volontés à l'échelle internationale.

Cette fonction de protection d'un équilibre interne par des mesures ayant une portée extraterritoriale est à l'œuvre de manière particulièrement explicite en droit des données personnelles. En effet, dans ce domaine, il a été très tôt perçu comme une condition essentielle de l'effectivité de la protection des données personnelles dans l'ordre juridique interne<sup>1774</sup>. A cet

*implicite d'un véritable conflit de lois* » ; MORANGE Georges, *op. cit.*, p. 108: « Une autre conception théorique peut d'ailleurs être donnée pour expliquer, en cas de violation d'une liberté publique, la limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le contrôle juridictionnel (...). Lorsque les autorités de police doivent prendre une mesure qui apportera une restriction plus ou moins grave à une liberté publique, *elles se trouvent amenées à trancher un véritable conflit de lois* ».

1771 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 126, l'auteur définit l'objet des procédés de police administrative spéciale comme étant « plutôt d'établir a priori des règles d'action ou de comportement qui ne respectent pas forcément ce que le libre jeu des activités enseignerait ou de modifier ces règles, le cas échéant, contre cet enseignement, et ceci bien souvent quelle que soit son incidence sur les éléments de l'ordre public général ».

1772 MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *op. cit.*, p. 134: « La police générale est le fruit du couple ordre-liberté nécessaire au bon fonctionnement de la société libérale. L'ordre public qui la fonde est une face de l'idée libérale de la liberté. Il n'est pas étonnant de voir le droit positif reconnaître une tournure non interventionniste à l'activité de la police générale. Ici, *l'ordre est à maintenir ou à rétablir, il n'est pas à établir* ».

1773 FALLON Marc, *op. cit.*, p. 523.

1774 CATALA Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, pp. 344-345: « *Tant que l'informatique est seule en cause, le législateur national garde une certaine maîtrise de ses lois. (...). Mais ce processus national « étude-*

égard, le droit des données personnelles et le droit de la concurrence semblent partager une structure similaire. Cette similarité s'exprime surtout dans l'existence de dispositions à portée interne et externe, territoriale et extraterritoriale, de police administrative spéciale dans le but de prévenir des atteintes au libre jeu de la concurrence dans l'ordre interne. En effet, cet objectif territorialement situé serait vidé de toute effectivité si cette police ne disposait pas des moyens de faire face aux troubles à la libre concurrence dans l'ordre interne tels que résultant de violations à l'étranger. A cet égard, le contrôle des concentrations<sup>1775</sup> prolonge dans l'ordre externe l'objectif poursuivi dans l'ordre interne et, dans ces conditions, il n'est pas étonnant qu'il soit qualifié de police administrative spéciale dans l'ordre interne et de loi de police dans l'ordre externe.

Tel est également le cas d'autres polices administratives spéciales habituellement reconnues comme telles dans l'ordre interne, qui voient leur équilibre défini pour l'ordre interne défendu par un volet policier externe : la police du patrimoine culturel encadrant la liberté du commerce des biens culturels se trouve ainsi prolongée par des mesures de police administrative internationale prenant la forme d'autorisations préalables à l'exportation<sup>1776</sup>, système que l'on retrouve d'ailleurs en matière de police des armes à feu.

Toutefois, une différence non négligeable existe entre le droit des données personnelles et le droit de la concurrence, qui tient à ce que les opérations de flux transfrontières de données personnelles sont courantes, quotidiennes et innombrables, quand celles relatives aux concentrations demeurent plus limitées. Il en découle que pour le premier de ces droits, l'existence de contrôles transfrontières est une condition *sine qua non* de l'application effective du droit dans l'ordre interne, alors qu'elle ne constitue pas de manière aussi sensible une condition de survie pour le droit de la concurrence.

Enfin, cette communauté de fonction trouve un renfort supplémentaire dans une communauté de moyens. En effet, constitue un critère permettant d'identifier une loi de police en droit international privé l'existence de procédures administratives aussi bien que l'intervention d'autorités administratives. Cette intervention de l'État, directement ou par le biais d'une autre personne publique, s'explique par la nature publique de l'objectif recherché<sup>1777</sup>. Elle matérialise

*décision-application* » ne suffit plus lorsque la télématique, par nature apatriote, entre dans le circuit. L'élaboration des règles nouvelles subit alors la pression des flux transfrontières et du commerce international. On doit ici admettre que les lois seraient inefficaces si leur application se bornait au territoire national, qu'il s'agisse de la protection des informations ou de la répression d'activités illicites. C'est dire que le lourd dispositif de la négociation internationale présidera de plus en plus à l'avènement du droit futur. Dans ces tractations, on supposera sans risque que les nations invoquant la loi du marché, sinon de la jungle, feront entendre la voix la plus forte. Dans cette perspective, les premières escarmouches autour d'Internet donnent à penser que le « web » pourrait constituer un terrain d'affrontements exemplaires dont le spectacle sera captivant ».

1775 IDOT Laurence, « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence. Le contrôle des concentrations », *RIDE*, 2002, n° 2-3, p. 184: « Nationaux, ces contrôles de concentrations sont également mis en œuvre de manière unilatérale. Au regard des principes de droit international, cela est tout à fait logique compte tenu de leur nature: ils relèvent du droit public. Dès lors que l'opération relève du champ d'application de sa loi, l'autorité est fondée à intervenir. Dans le cas des opérations transnationales, les conséquences pratiques sont évidentes: l'unilatéralisme du contrôle entraîne une multiplicité de législations à observer, avec tous les inconvénients qui en résultent ».

1776 Règlement (CE) n°116/2009 du conseil du 18 décembre 2008 concernant l'exportation de biens culturels, JOUE 10/02/2009, L39/1. Sur cette question, voir de manière générale PASTOREL Jean-Paul, « De la police administrative des activités culturelles », *RDP*, 2005, n° 2, pp. 395-425.

1777 SÉNÉCHAL-L'HOMME Anne-Marie, *op. cit.*, p. 71: « puisque les lois de police relèvent d'une « zone intermédiaire » entre le droit privé et le droit public, on peut supposer que ces lois sont la manifestation de l'intervention de l'État, et puisque ces lois relèvent de l'ordre public international, on peut penser qu'elles poursuivent la défense de certains intérêts particulièrement chers à l'État ou particulièrement importants dans une société juridique donnée » ; FRANCO Stéphanie, *op. cit.*, p. 550: « Que ce soit en raison des défauts de la règle de rattachement ou pour d'autres raisons, l'on s'accorde à considérer que les lois de police apportent une

l'intérêt direct de l'État à ce que l'équilibre qu'il entend instaurer dans l'ordre interne entre différents intérêts ne soit pas remis en cause par le *forum shopping* sur le plan international.

Il résulte de ce qui précède que les notions de police administrative spéciale dans l'ordre interne et de loi de police dans l'ordre international exercent des fonctions communes d'encadrement préventif d'une liberté par la résolution impérative d'un conflit potentiel de lois susceptible de porter atteinte à l'ordre public interne. Il en va ainsi pour la libre concurrence qui, livrée à elle-même, s'effondrerait sous le poids d'effets anticoncurrentiels nés de l'autonomie de la volonté. Cette liberté ne peut alors perdurer que si elle s'accompagne d'un procédé chargé d'en corriger les défaillances, dans l'ordre interne avec une police administrative spéciale et par une loi de police dans l'ordre international.

Sur la base du modèle de l'organisation en droit interne et européen du droit de la concurrence, il est possible de conclure à une similarité profonde avec le droit interne et européen des données personnelles. Dans l'ordre interne, l'équilibre entre la liberté de traitement des données personnelles et la protection de la personne fichée est assurée par une police administrative spéciale. Afin que cet équilibre interne ne soit pas vidé de son sens par le jeu du *forum shopping*, les instruments relatifs aux données personnelles mettent en œuvre des mécanismes propres à une loi de police. Dans un cas comme dans l'autre, la liberté de traiter des données personnelles, qu'elle soit interne ou internationale, est réglementée et restreinte en vue de la rendre compatible avec le même ordre public spécial dans l'ordre interne. Les deux fonctions de police administrative spéciale et de loi de police sont donc complémentaires et la question se pose alors, légitimement, de leur appartenance à une même fonction de police.

En second lieu, il est possible d'observer en droit international le prolongement fonctionnel de certaines polices administratives spéciales en des dispositions de loi de police. Dans ce cas, le législateur souhaite établir un équilibre dans l'ordre interne par l'adoption d'une police administrative spéciale et en éviter le contournement ou la subversion de type *forum shopping* par des mesures de loi de police.

Ce phénomène de prolongement fonctionnel trouve dans le droit de l'Union Européenne un facteur de développement contemporain.

Cette recherche d'effectivité des instruments relatifs aux données personnelles s'est faite sur le modèle des instruments relatifs au droit communautaire de la concurrence, qualifiés pour cette raison de loi de police. Plus précisément, la structuration des instruments communautaires relatifs aux données personnelles, dans leurs dispositions à portée extraterritoriale, se trouve fortement marquée par la théorie dite des effets, développée en droit de la concurrence américain puis communautaire. En effet, à l'instar du droit des données personnelles, le domaine du droit de la concurrence se trouve également caractérisé, en droit international, par l'éclatement de la communauté de droit. En l'absence d'un véritable droit international de la concurrence<sup>1778</sup>, les phénomènes internationaux d'ententes et de concentrations ne peuvent être appréhendés que par les instruments locaux relatifs à la concurrence. Or, ces règles locales auraient pu être facilement détournées en l'absence d'élaboration de la théorie des effets. Cette dernière vise à rechercher l'effectivité de l'application du droit de la concurrence dans un ordre interne et, pour ce

dérogation au jeu normal des règles de conflit bilatérales. La caractéristique générale des lois de police serait de corriger le résultat de la règle de conflit lorsqu'une politique fondamentale de l'État saisi est en cause ».

1778 LIGNEUL Nicolas, « Droit international de la concurrence: plaidoyer pour une approche intégrée et progressive », *RMCUE*, n° 430, juillet-août 1999, pp. 458-463 ; HEINEMANN Andreas, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, 2004, pp. 293-324.

faire, considère les atteintes à la concurrence non pas à raison de leur origine géographique mais à raison de leur impact sur le marché interne considéré<sup>1779</sup>.

Ainsi, dans leur version originelle, les articles 85 et 86 du Traité de Rome, désormais articles 105 et 106 du TFUE, définissent les règles de concurrence et établissent des critères déterminant la compétence de la Communauté européenne en la matière. Leur champ d'application est limité « aux seuls accords et comportements produisant des effets au sein même du marché commun et affectant le commerce entre États membres ». Pour l'application de ces articles, « il n'importe pas de savoir si les pratiques restrictives de concurrence ou si les entreprises en cause sont extérieures au marché communautaire dès l'instant où les conditions formulées dans le texte du traité de Rome sont remplies »<sup>1780</sup>. En droit de la concurrence, la seule considération qui importe alors « est la localisation de l'effet anticoncurrentiel (...), indépendamment de la localisation ou même des marchandises »<sup>1781</sup>. Le critère entraînant son application est alors celui du risque d'affectation du marché intérieur, en application de la théorie des effets<sup>1782</sup>. Le contrôle de tels effets anticoncurrentiels peut ainsi revêtir une portée extraterritoriale, à l'instar des contrôles des flux transfrontières de données personnelles mis en place par la directive 95/46 du 24 octobre 1995.

Or, cette extraterritorialité de la portée d'un instrument dans le but de la protection d'un équilibre interne est caractéristique d'une loi de police. Tel est le cas en droit de la concurrence, dont les dispositions semblent considérées unanimement par la doctrine comme ressortant de la catégorie des lois de police en raison de leur finalité d'intérêt général, à savoir la structuration du marché<sup>1783</sup>. Une telle unanimité doctrinale a par ailleurs été explicitement relayée en jurisprudence. Ainsi, dans un premier temps, la Cour d'appel de Paris a explicitement qualifié dans son arrêt *Labinal* du 19 mai 1993 les règles communautaires de concurrence de « lois de police

1779 CHILSTEIN David, *Droit pénal international et lois de police*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 24, 2003, p. 215, à propos de la théorie des effets: « Cette conception extensive du domaine d'application du droit de la concurrence, pour peu qu'elle soit ramenée à une juste mesure, se justifie aisément au regard de sa finalité économique. La réglementation manquerait en effet son but et se révélerait totalement inefficace s'il suffisait de conclure des accords et des ententes à l'extérieur d'un marché donné pour venir en perturber le fonctionnement en toute impunité. C'est pourquoi « l'extraterritorialité » du droit de la concurrence (interne ou communautaire), en tant qu'exigence liée au pragmatisme, a toujours fait l'objet d'un certain consensus en doctrine ». Pour une première application en droit positif, voir l'arrêt de la CJCE plus connu sous le nom de « Pâte de bois » : CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission*, aff. C-89/85, Rec. 1988, p. 05193.

1780 FRIEDEL-SOUCHU Évelyne, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 109, 1994, pp. 72-73.

1781 FRANCOU Stéphanie, *op. cit.*, p. 493.

1782 Pour une application claire de ce principe, voir CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, Rec. 2002, p. I-11453, §211 à 213: « S'agissant des objectifs poursuivis par la directive, il convient de rappeler que son objectif principal est d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine des produits du tabac en garantissant un niveau élevé de protection de la santé. Dès lors, il y a lieu de considérer que les dispositions de la directive concernent en principe uniquement les produits du tabac destinés à être commercialisés dans le marché intérieur. Il est vrai que, s'agissant de l'article 3 de la directive, la Cour a admis aux points 82 à 91 du présent arrêt que le risque d'affectation du marché intérieur peut justifier l'adoption, sur le fondement de l'article 95 CE d'une disposition qui concerne des produits exportés vers des pays tiers, en tant que mesure destinée à éviter le contournement des dispositions édictées pour le marché intérieur ».

1783 IDOT Laurence, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, n°2, pp. 322-323: « un accord existe sur le fait que les droits de la concurrence, du moins les droits des pratiques anticoncurrentielles, appartiennent à la catégorie des lois de police. La doctrine est unanime. Cette solution s'explique par la finalité macro-économique de ces règles. Elles ont pour objectif la régulation du marché ». RACINE Jean-Baptiste, « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010/1, t. XXIV, 1, p. 66: « Une telle qualification est normale au regard de la définition habituelle des lois de police, le droit de la concurrence participant de la sauvegarde de l'organisation économique, celui-ci permettant d'exercer une fonction de régulation de l'économie ».

économique »<sup>1784</sup>.

Le lien entre police interne et police externe est mis en évidence par le droit de l'UE. En effet, en la matière, l'Union ne dispose que d'une compétence basée sur la réalisation d'un espace intérieur et non d'un titre de compétence générale analogue à la souveraineté d'un État. Sa mise en œuvre de lois de police n'a donc pour objet que de protéger une situation intérieure. Elle trouve sa justification et sa limite dans la réalisation de cette fin intérieure. Cette liaison consubstantielle entre situation interne et externe est tout particulièrement mise en valeur en matière de directive. En effet, les actes de droit dérivé adoptés en matière d'harmonisation obéissent à une finalité commune à celle des lois de police. Pour le professeur Marc Fallon, l'harmonisation communautaire vise trois objectifs: lever les entraves aux échanges, prévenir l'intervention d'entraves semblables et réaliser certains objectifs d'intérêt général<sup>1785</sup>. Dans le cadre de cette trilogie, les entraves renvoient aux obstacles de fait comme de droit. Prévenir une entrave signifie régler préventivement un conflit de lois. La réalisation communautaire des objectifs d'intérêt général nationaux n'est que la condition nécessaire pour que certaines entraves soient levées. Autrement, ces intérêts généraux nationaux pourraient menacer la sécurité juridique du Marché intérieur en jouant le rôle d'une exception d'ordre public national<sup>1786</sup>.

Une loi de police nationale peut faire échec, en l'absence d'harmonisation, à l'application du droit communautaire dans la mesure où les traités européens permettent à certains intérêts généraux nationaux de primer sur les libertés communautaires. L'harmonisation conduit à intégrer dans l'ordre public de l'UE l'ordre public national ainsi protégé mais, dans le même temps, il conduit à communautariser la loi de police qui devient ainsi un instrument de prévention *a priori* des conflits de lois au sein de l'UE. En effet, dans le cadre du processus d'harmonisation, le droit dérivé a pour objet de réduire ce domaine d'exceptions<sup>1787</sup>. Il remplit ce faisant une fonction similaire à celle des lois de police en droit international privé<sup>1788</sup>.

L'incorporation par un instrument juridique de cette théorie des effets emporte sa qualification, dans l'ordre international, de loi de police. Cette qualification se manifeste par l'application unilatérale de mesures extraterritoriales dans le but de rendre effective une politique purement interne. Toutefois, une telle recherche d'effectivité ne peut être totalement élaborée au détriment des autres ordres juridiques, au risque d'une insécurité juridique pour les personnes privées ou d'une guerre commerciale pour les personnes publiques<sup>1789</sup>. Cet objectif de recherche d'effectivité

1784 CA Paris 19 mai 1993, JDI, 1993, 957.

1785 FALLON Marc, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruylant-Academia, 2002, p. 540.

1786 C'est typiquement le cas en matière de droit des données personnelles : voir *infra*, deuxième partie, titre 2.

1787 FRANCO Stéphanie, *op. cit.*, p. 542: « en autorisant le maintien de législations divergentes dans ces matières, le traité autorise la subsistance de certaines entraves. Ce sont ces entraves que le droit dérivé va se charger d'éliminer. Ainsi, le droit dérivé est assez largement appelé à intervenir dans des matières correspondant à l'intérêt général dont il définit, par conséquent, le contenu pour l'ensemble de l'ordre juridique communautaire ».

1788 FRANCO Stéphanie, *op. cit.*, p. 543: « En lisant les conditions d'intervention du droit dérivé au regard des exceptions aux régimes de circulation, l'on ne peut éviter d'établir un parallèle avec ces matières dans lesquelles se déploient naturellement les lois de police nationales. A reprendre la définition de Franciscakis, le rapport semble évident. Ces législations dont « l'observation est nécessaire à l'organisation économique, sociale ou politique du pays » peuvent aisément se confondre avec les domaines d'exceptions possibles au régime de libre circulation ».

1789 Pour le cas du droit de la concurrence, voir HEINEMANN Andreas, *op. cit.*, p. 294: « la reconnaissance quasi universelle de l'effet: un droit national de la concurrence est applicable dès que le comportement en question produit des effets dans le commerce de ce pays. Comme les actes d'une société multinationale peuvent avoir des effets partout dans le monde, la théorie des effets déclenche l'applicabilité simultanée de différentes

n'est pas alors en soi considéré comme antinomique avec une politique de bon voisinage, considérant à atténuer l'effet unilatéral de la loi de police pour prendre en considération le droit tiers à l'ordre juridique interne. On parle alors de loi de police à géométrie variable, ou à l'effet atténué.

A cet égard, la soumission au droit communautaire des lois de police nationales révèle une application qui serait « édulcorée »<sup>1790</sup> du mécanisme des lois de police, « puisque cette application ne sera pas immédiate mais conditionnée par le contenu de la loi de l'État d'origine au nom du principe de « reconnaissance mutuelle » »<sup>1791</sup>. En application de ce principe, le juge vérifie le contenu de la loi de l'État d'origine pour appliquer la loi de police du for. Cette édulcoration supposée du mécanisme des lois de police donne alors lieu à des « lois de police à géométrie variable », dont on trouve par exemple illustration en matière de droit boursier<sup>1792</sup>. En réalité, « le fondement du mécanisme des lois de police n'impose en aucune manière l'immédiateté de leur application, mais seulement de s'assurer que la norme normalement applicable ne contrevient pas à la réalisation d'un objectif fixé par un État »<sup>1793</sup>. En effet, ce qui est pragmatiquement recherché par l'État auteur d'une loi de police, c'est l'effectivité raisonnable des dispositions qu'elle prescrit. Si la situation litigieuse peut être réglée par un droit tiers comportant des dispositions permettant d'atteindre le même but que celui de la loi de police, cette dernière n'a aucune raison de s'appliquer immédiatement.

Un exemple de tels phénomènes se trouve dans le volet externe des mesures de police sanitaire. Le législateur a pu avoir conscience que la prévention de certains troubles à l'ordre public général ou à un ordre public spécial nécessitait d'adopter un régime de police administrative à usage interne et externe. Tel est notamment le cas de la loi contre les épizooties du 21 juillet 1881, qui distingue un régime intérieur et un régime extérieur. Il en va de même en matière de « police sanitaire contre les épidémies », domaine dans lequel les mesures sont prises dans l'ordre interne dans le cadre des compétences générales de police administrative et sur la base de textes spéciaux. Ce régime interne est complété par des « mesures à la frontière » relatives aux quarantaines auxquelles sont soumis dans les ports les navires provenant d'États contaminés, à l'instar de la « police sanitaire contre les épizooties », qui comporte des mesures de police dans l'ordre interne et la possibilité pour le gouvernement de prohiber l'entrée en France ou de mettre en quarantaine les animaux susceptibles de communiquer une maladie contagieuse.

Cette distinction a été reprise par les auteurs publicistes de la fin du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup>

législations nationales, qui ne conduisent pas forcément à des solutions conciliables. Dès lors, le danger des décisions administratives divergentes existe. Selon la dimension de la transaction, les solutions discordantes peuvent mener à des irritations politiques sérieuses, pouvant aller jusqu'à des sanctions économiques ou des guerres commerciales ».

1790 IDOT Laurence, note sous CJCE 9 novembre 2000 *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, RCDIP, janvier-mars 2001, p. 115.

1791 KAZZI Habib, *Le contrôle des pratique anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée*, thèse, PUAM, 2007, p. 329.

1792 BOUCOBZA Xavier, *L'acquisition internationale de société*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 301, 1998, p. 309. Pour la situation à la suite de la loi du 31 mars 2006 transposant la directive OPA, v. E. Bouretz, « Autorité compétente et loi applicable aux opérations boursières : l'exemple des offres publiques transfrontières », in M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008, p. 93: « la loi de police de l'autorité boursière ne s'applique pas automatiquement en évinçant toute loi étrangère. Elle n'intervient que dans ses effets atténués. Elle n'intervient pas lorsque la loi étrangère permet de réaliser les objectifs poursuivis par l'État de l'autorité boursière ». Le droit boursier fournit ainsi l'exemple, dans le domaine des offres publiques, d'un effet atténué des lois de police.

1793 RÉMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 79, 2008, p. 263.

siècle, sans qu'aucune tentative de systématisation ne soit faite. Ainsi, dans sa section relative à la police administrative, et plus particulièrement dans la subdivision consacrée au « Service de la police sanitaire », Maurice Hauriou distingue systématiquement cette police dans ses mesures prises à l'intérieur du territoire de celle prises à la frontière<sup>1794</sup>. Henry Berthélemy désigne à la même époque les dispositions spéciales de droit interne contre les maladies exotiques comme une « police sanitaire internationale »<sup>1795</sup>. Aujourd'hui, une telle distinction entre volets interne et externe de la police sanitaire est obsolète dans la mesure où même dans l'ordre interne, cette police administrative spéciale est internationalisée<sup>1796</sup>.

Cela explique également, dans cette matière si internationalisée qu'est la police sanitaire, que le Conseil d'État ait pu consacrer un tel prolongement de la police administrative spéciale sanitaire. En effet, des mesures adoptées dans l'ordre interne pour encadrer la liberté d'aller et venir à des fins de préservation d'un ordre public sanitaire constituent nécessairement des lois de police au sens de l'article 3 du Code civil, en ce qu'elles « obligent tous ceux qui habitent le territoire »<sup>1797</sup>. Une telle portée internationale d'une police interne se trouve alors consacrée par le Conseil d'État qui, dans sa décision *Association Liberté Information Santé*, a considéré que « les lois de police sanitaire s'appliquent impérativement aux situations qu'elles visent sans qu'une personne puisse s'y soustraire au motif qu'elle n'aurait pas la nationalité française ou serait un double national ; qu'ainsi, la circonstance qu'une personne qui est regardée par la France comme par la Suisse comme étant un de ses nationaux, se trouve soumise à l'obligation vaccinale en France alors qu'elle ne le serait pas en Suisse est sans incidence aucune sur la légalité des dispositions contestées »<sup>1798</sup>.

Il résulte de ce qui précède que les dispositions du droit des données personnelles qualifiables de loi de police en droit international privé ont pour objet, par delà l'apparence d'une rétention de l'information personnelle au sein de l'ordre interne, de réaliser l'aménagement local de la liberté internationale de traiter des données personnelles. Ces dispositions peuvent donc être légitimement qualifiées de police administrative externe ou internationale.

En effet, le champ d'application du droit communautaire des données personnelles est établi objectivement et indépendamment de tout fondement territorial. Ce droit peut ainsi s'appliquer à tout auteur d'un traitement de données personnelles dès lors que la personne fichée est en France pour la loi de 1978, ou en Europe pour les différents instruments en la matière. La seule condition est que des traitements de données soient mis en œuvre sur le territoire français ou européen. Or, constituent un tel traitement de données personnelles un simple *cookie* ou une mise en mémoire cache<sup>1799</sup>, opérations s'opérant sur l'ordinateur de la personne dont les données sont traitées. Dans ces conditions, la portée du droit français et européen des données est quasi universelle. De même, le droit des données personnelles comporte des mécanismes permettant de contrôler

1794 HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 3<sup>ème</sup> édition, Larose, 1897, pp. 593-595. Voir également SIMONET Jean-Baptiste, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, F. Pichon, 1893, p. 650 et ss.

1795 BERTHÉLEMY Henry, *op. cit.*, p. 356.

1796 L'article L 3115-1 du code de la santé publique dispose que le contrôle sanitaire aux frontières est régi, en France, par les règlements sanitaires de l'OMS, les arrangements internationaux et les lois et règlements nationaux.

1797 Code civil, article 3.

1798 CE 26 novembre 2001, *Association Liberté Information Santé*, n° 222741.

1799 *Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2012, p. 155 : constitue une mémoire cache la « zone de mémoire dans laquelle sont stockées les données fréquemment utilisées ou les pages de sites Web qui viennent d'être visitées ».

l'exportation de données personnelles. Leur libre circulation vers un État tiers est alors soumis au contrôle préalable de la CNIL et de ses équivalents européens.

A notre connaissance, la seule qualification apportée en doctrine de ces dispositions du droit des données personnelles permettant d'assurer son extraterritorialité est celle de loi de police. Cette notion, *a priori* spécifique au droit international privé, a pour but de régler préventivement un conflit de lois en désignant automatiquement en cas de conflit la norme applicable. Ce règlement unilatéral et impératif du conflit de lois, sans égards pour les normes de l'État tiers éventuellement concerné, a pour but non pas de nier la souveraineté de cet État tiers, mais de protéger une politique législative interne.

Au sein du droit des données personnelles, cette fonction externe prolonge l'équilibre atteint dans l'ordre interne entre la liberté de traitement des données et la protection de la personne fichée. En effet, sans ces mesures à portée extraterritoriale, il eut été aisé pour l'auteur d'un traitement de contourner les obligations posées par ces normes en délocalisant son siège social dans un État soumis à une législation moins contraignante en la matière.

Le détour par la généalogie de la notion de loi de police nous apprend qu'il existe une similitude de fonctions entre la police administrative spéciale dans l'ordre interne et la loi de police dans l'ordre externe. En effet, toutes deux ont pour objet de régler préventivement un conflit de lois. En s'appuyant sur la notion tombée en désuétude de droit administratif international, il est alors proposé dans cette section de qualifier ces dispositions du droit des données personnelles de volet international d'une police administrative spéciale de droit interne, en dépit d'un processus d'éviction quelque peu similaire à ce que l'on peut observer dans l'ordre interne. En effet, dans ce cas, les développements les plus récents et les plus novateurs de la notion de police administrative spéciale sont confisqués par un usage exagéré du terme de régulation. Dans les matières du droit international, un processus comparable se laisse observer. Il est possible d'y noter une éviction de tout usage publiciste du concept de police à raison de l'absorption pure et simple de la notion par les auteurs du droit international privé, dans le cadre de la théorie des lois de police. Mais à bien y regarder, ce phénomène d'occupation du droit public qu'est l'encadrement de l'activité libre des particuliers est au fond identique selon que l'on considère le droit privé interne ou international. Dans les deux cas, seul l'oubli de la notion de police administrative spéciale justifie ces incursions des auteurs privatistes dans le domaine du droit public. Or, l'usage d'un concept classique du droit public comme celui de police administrative spéciale constituerait une réelle plus-value face à cette appréhension privatiste car il permet de concevoir un *continuum* entre l'usage interne et international de ces procédés policiers. Cette continuité, formulée de manière théorique, s'avère fondée en pratique par l'exemple du droit des données personnelles.

## Conclusion du titre 2 :

Tout, dans le droit positif comme dans la doctrine, milite pour que le droit des données personnelles ne puisse être conçu comme une police administrative spéciale. En effet, d'une part, son objet même, à savoir la liberté de traitement des données personnelles, est difficilement perceptible en tant que liberté. D'autre part, son régime ne peut immédiatement être qualifié de police administrative spéciale, à raison de la concurrence que lui fait subir l'emploi en doctrine du terme de régulation.

En résumé, parce que l'objet de ce droit est flou et que sa portée transcende le seul cadre du droit administratif interne, il semble alors naturel de s'orienter vers le terme de régulation pour désigner l'objet et les procédés mis en œuvre par le droit des données personnelles. Mais pas de s'y arrêter.

En effet, une telle difficulté se trouve dans l'un et l'autre cas levée par une démarche généalogique visant à revenir à l'origine des notions de liberté publique et de police administrative spéciale pour en dévoiler, dans le premier cas, l'acceptation tronquée qui en est ordinairement faite en doctrine et, dans le second cas, les novations peu ou mal perçues et attribuées à tort à la seule notion de régulation.



### Conclusion de la première partie :

La conception subjectiviste du droit des données personnelles, de loin la plus répandue en doctrine, veut que l'objet du droit des données personnelles soit réduit à leur seule protection. Mais l'étude du droit positif révèle à quel point la réalité est éloignée de cette conception. En effet, l'objet de la loi du 6 janvier 1978 dans l'ordre interne et des instruments ayant le même objet dans l'ordre international est d'aménager une liberté autrefois non réglementée : celle de traiter rationnellement de l'information nominative.

La difficulté dans la définition en tant que telle de cette liberté provient d'abord du caractère peu évident des intérêts que son exercice traduit. En effet, ni le principe de libre administration des institutions, ni le principe de libre communication ne sont consacrés en tant que tels. Définir l'intérêt qu'il y a à ce que la liberté de traitement des données personnelles soit le principe et sa restriction l'exception implique donc une démarche généalogique. La définition de ces intérêts se perçoit intuitivement lorsque l'on part d'une démarche négative : si le principe était la protection des données et non leur liberté de traitement, quels intérêts en pâtiraient ? Ces intérêts sont au nombre de deux, formulables en termes concrets.

Ainsi, premièrement, si le principe et l'exception étaient renversés, aucune institution publique ou privée ne pourrait se gérer au jour le jour - c'est à dire prendre des décisions en matière de ressources humaines, établir des factures, des listes de prospects, éditer des annuaires même à usage interne etc. - sans l'intervention *a priori* et le contrôle d'une autorité publique avant chacune de ces opérations. Autant dire qu'aucune institution, publique ou privée, ne pourrait dans ces conditions exister de manière pérenne... La liberté de traitement des données personnelles constitue donc en premier lieu une nécessité imposée par le fait institutionnel et traduit une liberté d'administration inhérente au procédé de l'institution.

Deuxièmement, si la liberté de traitement ne constituait qu'une exception et que notre vie privée et nos droits et libertés jouissaient d'une protection totale contre les abus de la liberté de traiter rationnellement de l'information nominative, internet n'existerait pas, de même que toute entreprise internationale, au sens de projet, impliquant la communication d'informations personnelles par principe et non au coup par coup, comme la gestion d'entreprises multinationales, l'exercice de certaines libertés comme la liberté de prestation de certains services, notamment financiers, le principe même d'un service public international de communications dématérialisées. En effet, tous ces intérêts tirent en tout ou partie leur fondement juridique du principe de liberté d'expression. Or, celui-ci est indifférent aux procédés technologiques qui le mettent en œuvre et ne permet pas de faire le tri entre la communication d'informations personnelles et d'autres qui ne le sont pas. Si la liberté de traitement de données personnelles ne constituait pas le principe, la liberté d'expression et la liberté de prestation de service n'auraient aucune dimension internationale.

L'enjeu d'une liberté par principe de traitement des données personnelles est donc, paradoxalement au regard de son caractère *a priori* modeste, fondamental dans la mesure où sans elle, aucune idée d'œuvre ne pourrait durer plus longtemps que la personne physique qui la porterait, et avoir plus d'influence que son seul promoteur. Il n'y aurait ainsi pas d'État au sens moderne du terme, ni entreprise, ni association. Ce retour pour ainsi dire à l'état de nature impliquant dans le même temps la fin des échanges internationaux dématérialisés comme les

services, dont celui des communications, ainsi que les échanges purement intellectuels ou informatifs. Une telle société serait certes vivable car, au regard de l'histoire de l'humanité, elle constitue l'essentiel de ce qui a été expérimenté. Mais elle constituerait juste un retour à un stade de développement social et technologique prémoderne.

De ce que l'objet du droit des données personnelles est la liberté de traiter des données du même nom, il faut alors déduire que les instruments qui l'organisent constituent des polices administratives spéciales. Ils n'ont pas d'autre vocation que de l'aménager en la rendant compatible avec d'autres intérêts nécessaires à la vie en société. Et comme le régime de police en la matière est particulièrement libéral et en cours de libéralisation avancée dans la proposition de règlement de janvier 2012, qui devrait être adoptée début 2015, il faut en déduire que la liberté de traitement constitue, de manière évidente, le principe, et la protection des données et donc de la personne fichée, une infime exception. Le fondement du droit des données ne peut alors être considéré ni comme la liberté de traitement, ni comme la protection de la personne fichée mais comme un équilibre assuré entre les deux par le droit des données personnelles. Cet équilibre constitue l'ordre public spécial de la police des données personnelles.

## Deuxième partie

### LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES, FONDEMENT D'UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE

Si les enjeux de la liberté de traiter des données personnelles sont à ce point importants, quels motifs justifieraient d'y porter atteinte ? En effet, plus de liberté en cette matière se traduit par une société davantage informatisée, donc davantage rationalisée et mondialisée : n'est-ce pas là une ligne d'évolution forte de nos sociétés occidentales ?

Tout l'intérêt de protéger juridiquement la personne fichée des abus de la liberté de l'informatique, en tant qu'elle implique la liberté de traitement des données personnelles, est de garantir les conditions nécessaires à la préservation d'un régime démocratique. L'enjeu de cette protection, en termes clairs, est d'éviter que l'informatisation ne conduise à la liquidation explicite et sans appel de la démocratie, qui serait alors remplacée par un régime technocratique<sup>1800</sup>. Il ne s'agit alors ni plus ni moins que de préserver l'aspiration légitime, et quand bien même le plus souvent fictionnelle, de tout un chacun à la liberté dans une société démocratique (Titre 1).

Au regard de ce formidable enjeu de la protection de la personne fichée, comment justifier qu'elle ne constitue que l'exception en droit positif ? Pour le même motif qui conduit à la défense de la démocratie : dans les deux cas, l'enjeu est la préservation de la liberté. Mais l'exercice outrancier de la liberté des auteurs de traitements de données personnelles peut remettre en cause la liberté de la personne fichée. Or, tous les usages de l'informatique ne conduisent pas ou n'ont pas pour but la mise en place d'un projet de société totalitaire. Si la protection de la personne fichée constitue l'exception, c'est bien parce que le risque lié aux abus de l'informatique est aussi exceptionnellement important qu'il n'est rare. Dans ces conditions, la pesée des intérêts en jeu par le législateur a abouti à la définition d'un ordre public spécial, c'est à dire d'un équilibre entre les intérêts de l'auteur du traitement et ceux de la personne fichée, en faveur du premier. Au delà de l'objectif de préservation d'un ordre démocratique, la liberté de la personne fichée est en ligne de mire et doit être conciliée avec la liberté de traitement des données personnelles pour développer un ordre libéral (Titre 2).

1800 Que dans les faits, les progrès technologiques risquent d'entrer en conflit avec le régime démocratique n'est pas contestable, ce phénomène étant observable depuis longtemps. Voir BURDEAU Georges, *L'État*, 1970, Seuil, rééd., 2009, p. 176.



## Titre 1

### LA PRESERVATION D'UNE SOCIETE DEMOCRATIQUE

Lorsqu'ils adoptent des instruments relatifs aux données personnelles, le législateur dans l'ordre interne comme les institutions de l'UE dans l'ordre correspondant n'interviennent pas exclusivement pour protéger le droit à la protection de la vie privée. L'on ne peut donc *a priori* conclure à l'assimilation des dispositions du droit des données personnelles à une fonction supposée exclusive de protection de la seule vie privée.

Or, c'est bien à une telle assimilation que se livrent couramment, dans leur jurisprudence, les Cours françaises, européenne et de l'Union européenne, en considérant que l'enjeu essentiel d'une telle réglementation des traitements de données personnelles réside dans la protection de la vie privée de la personne fichée (Chapitre 1). Une telle lecture habituellement proposée des enjeux de la protection de la personne fichée aboutit à méconnaître leur ampleur, qui ne visent rien moins qu'à la préservation d'un ordre politique démocratique (Chapitre 2).



## **Chapitre 1 – L'assimilation de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée**

Les dispositions relatives à la protection de la vie privée et celles relatives à la protection des données personnelles concourent à la protection de la personne humaine. Mais dans cette fonction commune, toutes deux n'ont qu'en apparence le même objet. S'il existe une convergence entre leurs objets respectifs, elle ne peut être que partielle (Section 1) dans la mesure où les dispositions relatives à la protection des données personnelles permettent une protection de la personne humaine qui va au delà du droit au respect de la vie privée<sup>1801</sup>. La volonté de rendre le droit au respect de la vie privée plus effectif explique les nombreuses tentatives d'assimilation des instruments du droit des données personnelles à ceux protégeant la vie privée (Section 2).

### *Section 1 – Une assimilation justifiée par une apparente similarité de contenu*

En droit public, il est particulièrement difficile de résister à la tentation d'une assimilation des dispositions protégeant les données personnelles à celles protégeant la vie privée -ou du moins à une notion assez élargie de cette dernière -, ne serait-ce que parce qu'elle s'observe couramment en droit constitutionnel (§1) et en droit du Conseil de l'Europe (§2), pour l'essentiel de manière prétorienne.

#### **§1 – Une assimilation observable en droit constitutionnel**

La protection des données personnelles n'a fait l'objet d'aucune consécration constitutionnelle en droit français mais, lorsque la question s'est posée, l'assimilation à la protection de la vie privée a été le plus souvent la solution préconisée (A). Dans ces conditions, il n'est pas très surprenant que le Conseil constitutionnel ait fini par fonder la protection des données personnelles – au moins de manière prépondérante – sur la protection de la vie privée (B).

##### *A/ Une assimilation avérée dans les projets de révision constitutionnelle*

Il n'existe pas de consécration en tant que telle de la protection des données personnelles dans le texte de la Constitution de 1958. La question s'est pourtant présentée au moins de manière indirecte à trois reprises, en 1977 en 1993 et en 2008.

Ainsi, en 1977, la protection des données personnelles aurait pu bénéficier de l'élan de codification des droits et libertés<sup>1802</sup>. En septembre 1977, la commission présidée par Edgar Faure

1801 Voir *infra*.

1802 VEIL Simone, Redécouvrir le préambule de la Constitution, Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *La Documentation française*, décembre 2008, p. 14: « Toutes les familles politiques avaient paru ressentir le besoin d'adapter les règles essentielles posées en 1789 et 1946 aux nouvelles problématiques de

avait conclu ses travaux par l'adoption d'une proposition de loi constitutionnelle sur les libertés et les droits de l'homme chargée de compléter la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. L'adoption de cette proposition de loi aurait pu être l'occasion de contribuer à faire entrer dans le texte constitutionnel un catalogue clair, précis et actualisé des droits et libertés constitutionnellement garantis. Ainsi, l'article 23 de ce projet concernait « le respect de la vie privée et la protection des données personnelles », et disposait : « Tout homme a droit à la protection de sa vie privée. La loi assure notamment cette protection contre les dangers que peut comporter l'emploi de l'informatique ainsi que les techniques de collecte, conservation et utilisation d'informations »<sup>1803</sup>. L'échec de ce projet de constitution d'un catalogue des droits et libertés constitutionnellement garantis devait ainsi entraîner la consécration de mesures garantissant la protection des données personnelles dans la loi du 6 janvier 1978.

De manière plus indirecte, la protection des données personnelles aurait pu se voir partiellement consacrée dès 1993, au moins de manière indirecte. En effet, le 15 février 1993, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution remit au Président de la République un rapport<sup>1804</sup>. Dans sa troisième partie relative à « un Citoyen plus présent », se trouvait une proposition qui aurait pu conduire de manière indirecte, au prix d'une assimilation avec le droit au respect de la vie privée, à fonder en droit constitutionnel la protection des données personnelles. En effet, la proposition n° 32 se proposait d'ajouter un alinéa à l'article 66 qui aurait énoncé que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne ».

En 2008 enfin, la question s'est posée de manière plus approfondie devant le comité présidée par Simone Veil<sup>1805</sup>. Les promoteurs de l'inscription du droit la protection des données personnelles dans le Préambule faisaient valoir deux arguments : l'importance contemporaine des atteintes à la protection des données personnelles du fait de la diffusion des NTIC, d'une part et, d'autre part, le renforcement de la position internationale de la France dans les négociations relatives à ces questions apporté par la reconnaissance constitutionnelle d'un tel principe. Le Comité leur a opposé deux arguments tenant chacun à l'un de ses quatre axes méthodologiques, tenant à l'utilité et à la pertinence même d'une telle inscription dans le texte constitutionnel.

Le Comité a ainsi estimé en premier lieu que le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles « sont déjà consacrés non par le texte même de la Constitution ou de son Préambule, mais par deux sources de droit qui, dans la hiérarchie des normes, s'imposent au législateur : la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'une part, les engagements internationaux auxquels la France est partie d'autre part »<sup>1806</sup>. Il a considéré ensuite que la protection des données personnelles « constitue l'une des déclinaisons les plus importantes » de la vie privée, et en déduit la constitutionnalisation implicite de la protection des données personnelles via la constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée. Il considère également que la protection des données personnelles est garantie dans un certain nombre

l'époque. Ce besoin d'évolution avait suscité, dans le courant de l'année 1975, une floraison d'initiatives qui donnèrent lieu à trois propositions de loi constitutionnelle dont la commission spéciale fut saisie».

1803 VEIL Simone, *op. cit.*, p. 15.

1804 VEDEL Georges, Rapport remis le 15 février 1993 au Président de la République par le Comité consultatif pour la révision de la constitution, JORF, 16 février 1993, pp. 2537-2555.

1805 Elle ne s'est pas posée dans le cadre des travaux de la Commission Balladur (Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une V<sup>e</sup> République plus démocratique, rapport précité) qui, en la matière, n'évoque le droit des données personnelles qu'au travers de son projet d'inclusion de la CNIL dans le périmètre des compétences du Défenseur des droits. Voir *supra*.

1806 VEIL Simone, *op. cit.*, p.71.

d'accords internationaux auxquels la France est partie. Mais là aussi, le Comité semble ne pas vraiment accorder d'importance à la distinction entre la protection de la vie privée et de celle des données personnelles. En procédant de la sorte, le Comité cite pêle-mêle des dispositions relatives à la protection de la vie privée, auxquelles il attribue un rôle de protection équivalente en termes de garantie des données personnelles<sup>1807</sup>, et des dispositions qui consacrent spécifiquement la protection des données personnelles en tant que telle, que ce soit sous forme de « droit de » ou de « droit à »<sup>1808</sup>. Dès lors, le Comité a estimé qu'une constitutionnalisation de ce droit n'apporterait aucune plus-value en termes de contenu des droits effectivement protégés.

En second lieu, le Comité a rejeté toute inscription de la protection des données personnelles dans le Préambule pour des raisons liées à la souplesse de la matière, confrontée et remodelée en permanence par l'évolution des techniques, qui pourrait se voir artificiellement figée et, par là même, entravée dans sa mission de protection des droits et libertés de la personne, si elle était inscrite dans le cadre rigide de la norme constitutionnelle. En ce domaine donc, « la voie législative et jurisprudentielle demeure la plus efficiente pour assurer le réglage fin de la protection de la vie privée et des données personnelles »<sup>1809</sup>. En effet, l'un des principes ayant guidé son travail était celui de « ne suggérer d'enrichissement du Préambule que s'il présent[ait] sans conteste un effet utile »<sup>1810</sup>. D'autre part, l'un de ces quatre principes ayant guidé le travail de ce comité était de « conserver à l'intervention du pouvoir constituant sa valeur d'ultime recours »<sup>1811</sup>. Dès lors, « l'inscription de nouvelles normes dans le Préambule ne pouvait se concevoir que dans des matières qui, sans être totalement figées, n'étaient pas susceptibles d'évolutions marquées à court ou moyen terme ». En étaient alors exclus l'ensemble des domaines dépendant intimement de l'évolution technologique. Dès lors, le niveau d'intervention approprié pour intervenir dans ce type de domaines ne pouvait relever du législateur constitutionnel mais du législateur ordinaire.

L'opportunité d'une telle consécration a été définitivement écartée et, d'après les conclusions du rapport Veil, cet état des choses ne devrait pas changer dans les années à venir<sup>1812</sup>, en dépit de l'exemple de nombreux pays européens ayant d'ores et déjà consacré dans leur Constitution le droit à la protection des données personnelles<sup>1813</sup>.

1807 L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, qui énonce que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation » ; l'article 17.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 novembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 et ratifié le 4 novembre 1980 par la France, qui dispose que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation » ; l'article 8.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974, qui énonce que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

1808 La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (dite « Convention n° 108 ») du 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1985 et ratifiée le 24 mars 1983 par la France, qui a spécifiquement pour but, aux termes de son article 1<sup>er</sup> : « de garantir sur le territoire de chaque partie, à toute personne physique [...] le respect [...] de son droit à la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données à caractères personnel la concernant » ; l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 à laquelle le Traité de Lisbonne, dont la loi n° 2008-125 du 13 février 2008 a autorisé la ratification et qui devrait prochainement entrer en vigueur, confère valeur juridique contraignante, qui énonce que « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ».

1809 VEIL Simone, *op. cit.*, p.77.

1810 *Ibid.*, p.27.

1811 *Ibid.*, p.34.

1812 *Ibid.*

1813 Constitution espagnole, article 18,4 ; constitution grecque, article 9A ; Constitution hongroise, article 59,1 ; Constitution néerlandaise, article 10 ; Constitution portugaise, article 35 ; constitution suédoise, article 3.

## *B/ Une assimilation avérée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*

Il a fallu attendre le début des années 1990 pour que le Conseil constitutionnel engage une démarche de définition des fondements constitutionnels de la protection de la personne fichée par le droit des données personnelles. Dans un premier temps, le Conseil a fondé la protection des données personnelles sur des déclinaisons du principe de liberté (1) puis, dans un second temps et de manière non exclusive, sur la protection d'une conception large de la protection de la vie privée (2).

### **1) Une phase de rattachement direct à un fondement unique**

Au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la protection des données personnelles a d'abord fait l'objet d'un rattachement, vraisemblablement à des fins stratégiques, à la notion de liberté personnelle (a), avant d'être rattachée à la notion de liberté individuelle (b).

#### a) Le rattachement à la liberté personnelle

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel rattache clairement la protection des données personnelles au concept de liberté personnelle. Ainsi va-t-il juger que le mode d'utilisation du Système d'information Schengen est entouré de garanties « à même d'assurer le respect de la liberté personnelle » dans sa décision du 25 juillet 1991 relative à la Convention d'application de Schengen<sup>1814</sup>. En l'espèce, les députés avaient déféré au Conseil constitutionnel la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. Si cet accord prévoyait la mise en place d'une liberté de circulation entre les États parties à cette convention, il prévoyait également la mise en œuvre de dispositifs compensatoires à la disparition du contrôle aux frontières. Au premier rang de ces mesures ayant pour but un renforcement de la coopération judiciaire et policière entre les États parties, se trouvait le « Système d'Information Schengen » (« SIS »), fichier informatisé accessible aux États signataires, alimenté par ces mêmes États de manière autonome. Ce fichier est dit « en étoile » car il comporte une structure centrale (le « C-SYS ») reliant des bases de données nationales (les « N-SYS »), les informations figurant dans ces bases nationales étant soumises aux garanties nationales respectives en termes de protection des données personnelles. Or, c'était à ce niveau que les auteurs de la saisine du juge constitutionnel plaçaient le problème : si chaque État adhérent au système Schengen peut alimenter un fichier commun, les droits et libertés de la personne fichée peuvent être menacés par une disparité des garanties accordées par chacun des États pour le traitement des données personnelles. Si l'argument est pertinent dans l'absolu, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi les parlementaires sur ce point. L'intérêt de cette décision réside pour l'essentiel dans cette première identification des droits et libertés de la personne fichée dans la notion de liberté personnelle.

1814 Décision N° 91-294 DC du 25 juillet 1991, JO 27 juillet, p. 10001, considérant 49 : « Considérant que le chapitre III du titre IV de la convention comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories de données collectées par le "Système d'information Schengen" ; que des mesures complémentaires de protection résultent du titre VI ».

Cette dernière notion ne bénéficie pas d'un fondement écrit et explicite. Elle est définie par la doctrine de l'époque comme « un principe non écrit, dont le Conseil constitutionnel ne cite pas la source mais qui peut être rattaché à l'article 4 de la DDHC ». Il s'agit du « droit de ne pas subir des contraintes excessives », et le recours à cette notion de liberté personnelle en lieu et place de celle de liberté individuelle présente une utilité stratégique : celle de « protéger certaines libertés qui ne peuvent l'être au nom de la liberté individuelle car leur garantie ne relève pas du juge judiciaire »<sup>1815</sup>. Pour certains auteurs, la liberté personnelle constitue une « notion plus étendue que celle de la liberté individuelle » qui « s'oppose à ce que toute personne physique mais aussi certainement morale, ne soit l'objet de mesures coercitives, tatillonnes ou vexatoires, qui sans entamer sa liberté individuelle et notamment sa liberté d'aller et venir, n'en définissent pas moins sans nécessité une technique d'amenuisement progressif de sa liberté d'action, en particulier de l'autonomie de sa volonté »<sup>1816</sup>. A l'époque, au début des années 1990, cette notion venait de faire ses premières apparitions dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui avait consacré la liberté personnelle de l'employeur d'abord<sup>1817</sup>, du salarié<sup>1818</sup> ensuite.

L'usage de cette notion pour rattacher la protection des données personnelles à un principe ou une valeur de rang constitutionnel était alors cohérente à un double titre. D'un point de vue stratégique, rattacher le domaine de la protection des données personnelles à la notion de liberté personnelle permettait de faire échapper ce domaine à l'emprise exclusive du juge judiciaire<sup>1819</sup>. En effet, l'article 66 de la Constitution consacre une réserve de compétence pour ce juge au titre de la liberté individuelle et, du reste, c'était ce fondement qui était visé dans leur requête par les 60 députés requérants<sup>1820</sup>. Dans cette hypothèse, le renvoi à la notion de liberté personnelle en lieu et place de celle de liberté individuelle ne s'expliquerait pas tant par une différence de contenu protégé que pour permettre une répartition contentieuse plus équilibrée entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. L'usage de la notion de liberté personnelle était également cohérent sur un plan plus matériel, pour définir un principe constitutionnel « matriciel » fondant la protection des données personnelles, donc les droits et libertés de la personne fichée. Dans ce premier effort de rattachement, le Conseil constitutionnel ne pouvait s'appuyer que sur les indications fournies par l'article 1<sup>er</sup> de la loi informatique et libertés n° 78-17 du 6 janvier 1978, au terme duquel : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Or, la pluralité des objectifs dévolus par la loi au droit des données en termes de garantie des

1815 MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA*, 2 juin 1993, n° 66, p. 5.

1816 RENOUX Thierry, note sous Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Prévention de la corruption, *JO* 22 janvier 1993, p. 1118, *RFDC* 1993, n° 14, p. 381.

1817 Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, considérant n° 22 qui consacre la liberté personnelle comme interdisant qu'une loi n'oblige un employeur à fréquenter sur son lieu de travail les auteurs d'actes délictueux ou criminels dont il a été victime, *Journal officiel* du 21 juillet 1988, p. 9448, recueil, p. 119.

1818 Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, considérant n° 24 : « Considérant ainsi que, s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action », *Journal officiel* du 28 juillet 1989, p. 9503, recueil, p. 59.

1819 GENEVOIS Bruno, « Un statut constitutionnel pour les étrangers, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, sept.-oct. 1993, p. 876.

1820 Dans le B du deuxième moyen de leur requête, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

droits et libertés de la personne fichée ne pouvait inspirer que deux types d'approches au pavillon Montpensier : une approche énumérative de l'intégralité de ces droits et libertés, qui n'a initialement pas été choisie, et une approche synthétique, par la définition d'un principe permettant d'englober « l'identité humaine », les « droits de l'homme », « la vie privée » et les « libertés individuelles ou publiques ». La notion de liberté, non définie, même précisée par l'adjonction du qualificatif de « personnelle », semblait la plus cohérente car la plus susceptible, par sa largeur d'accueillir en son sein l'inventaire des objectifs dévolus par la loi à la protection des données personnelles. Si des considérations tant stratégiques que conceptuelles expliquent le rattachement de la protection des données personnelles, assez vite, la relative clarté de ce rattachement s'est troublée.

#### b) Le rattachement à la liberté individuelle

Dans sa décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, le Conseil constitutionnel estime pour la première fois que les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 participent en tant que telles au dispositif protecteur de la liberté individuelle<sup>1821</sup>. La césure avec la notion de liberté personnelle est d'autant plus vive que cette dernière est évoquée à l'occasion de l'examen d'un autre motif d'inconstitutionnalité dans cette même décision. Ce rattachement exclusif de la protection des données personnelles à la notion de liberté individuelle a été confirmé tel quel par la suite dans les décisions n° 93-325 DC<sup>1822</sup> et n° 97-389 DC<sup>1823</sup>. Il est également possible de voir implicitement une telle confirmation dans la décision n° 94-352 DC<sup>1824</sup>, pour peu que l'on considère que la matière de la vidéosurveillance est incluse dans la problématique de la protection des données personnelles.

La notion même de liberté individuelle n'était alors pas vraiment une nouveauté, ayant fait l'objet d'une reconnaissance du Conseil constitutionnel sous la forme d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa décision n° 76-75 du 12 janvier 1977<sup>1825</sup>, en plus d'être consacrée par l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Mais cette notion souffrait à ses débuts d'une instabilité qui était le fait d'une jurisprudence constitutionnelle peu stable, elle même peu éclairée par une doctrine divisée. En effet, le Conseil constitutionnel a initié sa reconnaissance du principe en élargissant son contenu à un certain nombre d'éléments débordant du strict cadre de l'article 66 de la Constitution, avant de les en extraire l'un après l'autre en les rattachant à d'autres principes constitutionnels et/ou en leur accordant une valeur

1821 Décision N° 92-316DC : Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, §14 : « qu'en lui confiant cette mission, le législateur n'a pas entendu déroger aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés » ; voir notamment le commentaire éclairant d'Herbert MAISL dans sa note sous Cons. const., 20 janvier 1993, Décision n° 92-316 DC, *Recueil Dalloz Sirey*, 1994, 37<sup>ème</sup> cahier, sommaires commentés, p. 285.

1822 Décision N° 93-325DC du 13 août 1993 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, considérants n° 121 et 133.

1823 Décision N° 97-389DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, § 5.

1824 Décision N° 94-352DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, §12: « Considérant toutefois que, s'agissant des demandes d'autorisation requises, le législateur a prévu que "l'autorisation sollicitée est réputée acquise à défaut de réponse dans un délai de quatre mois" ; qu'il peut déroger au principe général selon lequel le silence de l'administration pendant un délai déterminé vaut rejet d'une demande ; que toutefois compte tenu des risques que peut comporter pour la liberté individuelle l'installation de systèmes de vidéosurveillance, il ne peut subordonner à la diligence de l'autorité administrative l'autorisation d'installer de tels systèmes sans priver alors de garanties légales les principes constitutionnels ci-dessus rappelés ; »

1825 Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, considérant n° 1, *Journal officiel* du 13 janvier 1976, p. 344, *Recueil*, p. 33.

constitutionnelle distincte en tant que principes autonomes. Le Conseil a ainsi pu rattacher à la liberté individuelle la liberté d'aller et venir<sup>1826</sup>, le respect de la vie privée<sup>1827</sup>, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance<sup>1828</sup> et la liberté de mariage<sup>1829</sup>. Ainsi, « à une notion originelle centrée exclusivement sur la sûreté personnelle, le juge constitutionnel français, au fil de sa jurisprudence, a substitué une conception extensive de la liberté individuelle recouvrant un ensemble composite de libertés individuelles »<sup>1830</sup>.

L'on a pu alors relever que la « liberté individuelle s'entend comme le droit de l'individu de mener la vie privée et publique qu'il estime lui convenir vis-à-vis des personnes de droit privé et des personnes de droit public, tant que les choix personnels ne nuisent pas à autrui et ne portent pas atteinte à l'ordre public »<sup>1831</sup>. Cette conception dominante dans les écrits de la doctrine de l'époque n'était que le reflet de la propre jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui avait utilisé cette notion pour trouver un fondement constitutionnel à certains droits et libertés qui n'étaient pas explicitement consacré dans le bloc de constitutionnalité.

Mais cette notion a vu son champ d'application restreint plus récemment par le Conseil constitutionnel au seul périmètre délimité par l'article 66 de la Constitution<sup>1832</sup>. Témoin et exemple de cette instabilité chronique de la notion de liberté individuelle, Gérard Cornu décline désormais les deux conceptions successives, large et restrictive, de la liberté individuelle qui consiste premièrement en un « Droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher ; exercice des volontés légitimes de chacun dans la limite des nécessités de l'ordre social » et, deuxièmement, en la « sûreté garantissant les personnes qui résulte de ce que nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et suivant des formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant d'autres juges que ses juges naturels, désignés par la loi ; synonyme en ce sens de liberté corporelle d'aller et venir sans être arrêté ni arbitrairement détenu »<sup>1833</sup>. La jurisprudence constitutionnelle distingue désormais pour sa part la liberté personnelle (qui correspond au premier volet ici évoqué) et la liberté individuelle qui correspond au second volet, c'est à dire à la sûreté.

## **2) Le rattachement de la protection des données personnelles au droit au respect de la vie privée**

Aussi large que soit la notion de liberté individuelle pour fonder en droit constitutionnel la protection des données personnelles, le Conseil constitutionnel a estimé qu'elle n'était pas suffisante. Il a alors, pour la troisième fois en moins de dix ans, changé sa conception des principes

1826 Dans sa décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, Prévention de l'immigration clandestine, Journal officiel du 11 janvier 1980, p. 84, Recueil, p. 29.

1827 Décision dite Fouille des véhicules précitée, n° 76-45 du 12 janvier 1977, confirmée par la décision dite vidéosurveillance précitée n° 94-352 du 18 janvier 1995.

1828 Dans sa décision du 29 décembre 1983, Perquisitions fiscales, Journal officiel du 30 décembre 1983, p. 3871 Recueil, p. 67.

1829 Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, précitée.

1830 PENA-SOLER Annabelle, « Liberté individuelle », in ANDRIANTSIMAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Quadriga/PUF, 2008, p. 643.

1831 FRAYSSINET Jean, « Le conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (n° 92-316 DC, 20 janvier 1993) », *RFDC*, 1993, n° 14, p. 396. Cet auteur rattache cette notion à la définition de la liberté donnée par l'article 4 de la DDHC.

1832 Voir *infra*.

1833 CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadriga/PUF, 8<sup>ème</sup> édition, 2007, p. 549.

constitutionnels impliquant la protection de la personne fichée. Il a d'abord considéré que la protection des données personnelles se fondait conjointement sur les notions de vie privée et de liberté individuelle (a), puis sur la notion de vie privée seule (b), sans toutefois s'y arrêter définitivement et exclusivement.

a) Un rattachement transitoire aux valeurs conjointes de respect de la vie privée et de la liberté individuelle

La première et dernière manifestation de ce rattachement dual a eu lieu à l'occasion de sa décision n° 98-405DC du 29 décembre 1998, Loi de finances pour 1999<sup>1834</sup>. En soi, cette dualité de rattachement n'a aucunement suscité la curiosité de la doctrine<sup>1835</sup>, vraisemblablement car les deux notions partagent un héritage constitutionnel commun.

En effet, le respect de la la vie privée est un principe implicitement lié au principe constitutionnel de liberté individuelle de valeur constitutionnelle depuis 1977<sup>1836</sup> et explicitement depuis 1995<sup>1837</sup>. La notion de vie privée avait été invoquée précocement et en vain devant le Conseil constitutionnel comme fondement de la protection des données. En effet, avant les premières évocations de la loi du 6 janvier 1978 dans ses décisions du début de la décennie 1990, et son rattachement à des fondements constitutionnels synthétiques comme la liberté personnelle ou la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel avait eu à connaître indirectement d'un tel fondement à propos des lois où étaient en cause l'usage de certains fichiers<sup>1838</sup>. Mais à l'époque, dans la mesure où le droit au respect de la vie privée n'avait pas encore directement acquis valeur constitutionnelle, le Conseil avait rejeté systématiquement les argumentations présentées en ce sens par les requérants.

Ce refus de reconnaître la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée semblait être le seul obstacle à ce que le Conseil constitutionnel ne fasse le lien direct entre protection des données personnelles et protection de la vie privée. En effet, il n'a pas fallu attendre bien longtemps entre la première constitutionnalisation autonome du droit au respect de la vie privée et le premier emploi de ce droit pour fonder le droit à la protection des données personnelles.

En effet, le droit au respect de la vie privée a été séparé du principe de liberté individuelle et rattaché directement au principe général de liberté énoncé au sein de l'article 2 de la DDHC le 23

1834 Décision précitée, considérants n° 60 (« qu'en outre, le législateur n'a pu entendre déroger aux dispositions protectrices de la liberté individuelle et de la vie privée établies par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ») et 62 (« Considérant qu'eu égard à l'objet de l'article 107 et sous réserve des garanties dont est assortie sa mise en œuvre, il y a lieu de rejeter le grief tiré dans les deux requêtes de la méconnaissance des exigences constitutionnelles relatives à la protection de la vie privée et de la liberté individuelle »).

1835 Pour un exemple très représentatif de l'attitude de la doctrine à l'égard de cette décision, voir Sylvaine AIVAZZADEH-BARRE, Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, note sous la décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, Loi de finances pour 1999, *LPA*, 2 août 1999, n° 152, pp. 25 et 26.

1836 Décision précitée n° 76-75 DC du 12 janvier 1977.

1837 Décision précitée 94-352 DC du 18 janvier 1995, considérant n° 3 : « que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ».

1838 A cet égard, les décisions les plus significatives de ces tentatives avortées sont : la décision n° 82-148 DC du 14 décembre 1982, Conseil d'administration de la sécurité sociale, *Journal officiel* du 15 décembre 1982, p. 750, *Recueil*, p. 73 ; la décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Transparence financière des entreprises de presse*, *Journal officiel* du 13 octobre 1984, p. 3200, *Recueil*, p. 78 ; la décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Contrôle des structures agricoles*, *Journal officiel* du 28 juillet 1984, p. 2496. *Rectificatif Journal officiel* du 1er août 1984, *Recueil*, p. 58 ; la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finance pour 1984*, *Journal officiel* du 30 décembre 1983, p. 3871 *Recueil*, p. 67.

juillet 1999<sup>1839</sup> selon une formule qui n'a pas varié depuis<sup>1840</sup>. Cette consécration comme principe constitutionnel détaché de la notion de liberté individuelle intervient moins d'un an après la première consécration de la vie privée comme objet de la protection des données personnelles, dans la décision n° 98-405DC du 29 décembre 1998.

Pour autant, il ne s'agit pas tant d'une autonomisation du principe de respect de sa vie privée que d'un rattachement à un principe autonome, la liberté de l'article 2 de la DDHC. Et le lien entre les deux est toujours rappelé dans les décisions du Conseil, comme pour ne pas oublier une filiation nécessaire.

#### b) Un rattachement apparemment exclusif à la vie privée

Après cette première décision dans laquelle les notions de liberté individuelle et de vie privée sont désignées concomitamment comme l'objet de la protection des données personnelles, le Conseil constitutionnel va systématiquement viser le respect de la vie privée dès lors que la question de la protection des données personnelles se posera. Mais un tel rattachement est-il bien justifié eu égard au contenu de la notion de respect de la vie privée ? Pour s'en assurer, il convient d'examiner plus précisément les traitements de données personnelles dont le Conseil estime qu'ils protègent seulement la vie privée des personnes.

Dans sa décision précitée n° 99-416DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, les traitements de données personnelles sont ceux nécessaires à la mise en œuvre de ce qui sera couramment appelé par la suite « Carte Vitale », et les données personnelles sont les informations contenues sur ce support relatives à la santé des assurés sociaux. Estimer que la protection de ces données personnelles relatives à la santé relève de la notion de vie privée ne pose pas de problème conceptuel : ce type d'informations est connu pour relever de l'intimité de la vie privée. Une telle qualification ne posera pas non plus de problème lorsque le Conseil examinera la constitutionnalité du dossier médical personnalisé<sup>1841</sup>, le Conseil allant jusqu'à préciser en ce sens dans son considérant n° 5 que « la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que ce droit requiert que soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale ». Ce faisant, le Conseil affirme un lien très fort entre la protection de la vie privée et la protection des données personnelles relatives à la santé. De même, dans sa décision relative au PACS, la nature des données personnelles protégées ne laisse aucun doute sur leur appartenance au contenu consacré du

1839 Décision n° 99-416DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, considérant n° 45 : « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : " Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. " ; que la liberté proclamée par ce *t* article implique le respect de la vie privée ».

1840 Décision n° 99-419DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, considérant n° 73 ; Décision n° 2003-467DC du jeudi 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, considérants n° 8 et 19 ; Décision n° 2003-484DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, considérant n° 22 ; Décision n° 2004-492DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, considérants n° 4 et 75 ; Décision n° 2004-504DC du 12 août 2004, Loi relative à l'assurance maladie, considérant n° 5 ; Décision n° 2005-532DC du 19 janvier 2006, Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, considérant n° 9 ; Décision n° 2007-557DC du 15 novembre 2007, Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, considérant n° 11.

1841 Décision n° 2004-504DC du 12 août 2004, Loi relative à l'assurance maladie.

respect de la vie privée, s'agissant en l'espèce des « préférences sexuelles des personnes liées par le pacte »<sup>1842</sup>. Entre également dans le domaine consacré du droit au respect de la vie privée la vie familiale au sens large, ce qui explique que « l'examen du lien de filiation biologique avec la mère du demandeur de visa » comme condition au regroupement familial puisse être légitimement examiné au regard du principe constitutionnel de droit au respect de la vie privée<sup>1843</sup>. Tous ces cas ne posent pas de problème car ils interviennent dans des domaines comme la protection de la santé, des orientations sexuelles, de l'établissement de la filiation, qui peuvent indifféremment relever de la protection de l'intimité de la vie privée ou de celle, au titre du droit des données personnelles, de leurs données sensibles. L'on est là dans cette zone de recoupement naturel, mise en évidence *infra* à l'égard de la jurisprudence européenne, entre le droit au respect de la vie privée d'une part, le droit des données personnelles d'autre part.

Mais il est des décisions dans lesquelles le lien entre la vie privée et la protection des données personnelles se fait plus ténu, et est peu ou difficilement plausible.

Il en est ainsi notamment dans sa décision n° 2007-556DC du 16 août 2007<sup>1844</sup>. En effet, le considérant n°31 de cette décision énonce que « l'obligation de déclaration individuelle s'accompagne de garanties propres à assurer, pour les salariés, le respect de leur droit à la vie privée ». Cette obligation concernait les personnels grévistes et consistait en une déclaration préventive et obligatoire de l'intention de faire grève. Dans leur requête, les sénateurs ne considèrent pas que ce système porte atteinte à la vie privée, mais à la « liberté individuelle de faire grève ». Quand aux députés requérants, ils sont encore plus explicites, puisqu'ils considèrent que ce dispositif « a pour effet d'interdire de façon implicite l'exercice du droit de grève aux métiers, fonctions et catégories d'agents et de salariés qui figureront dans l'accord de prévisibilité et selon les niveaux de service du plan de transport. Ces salariés pourront se voir être également sanctionnés par une interdiction de rejoindre le mouvement de grève selon que leur emploi figure ou non dans le plan de prévisibilité mis en œuvre au début de la grève ». Le commentateur anonyme aux Cahiers du conseil constitutionnel résume ce moyen en considérant que c'est « l'obligation faite aux salariés de déclarer leur intention de faire grève [qui] méconnaîtrait le respect dû à leur vie privée »<sup>1845</sup>. Mais ce même commentateur, en faisant état quelque lignes plus loin de la décision du Conseil, estime curieusement que « le Conseil n'a pas relevé d'atteinte à la vie privée des salariés. Les informations issues des déclarations individuelles sont soumises aux règles du droit existant. D'une part, leur utilisation à d'autres fins est pénalement sanctionnée (art. 226-13 du code pénal). D'autre part, la loi du 6 janvier 1978 relative aux traitements de données à caractère personnel s'applique »<sup>1846</sup>.

Or, la décision du Conseil indiquait de manière explicite dans son considérant n°31 « que, dans le silence de la loi déferée, les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 susvisée s'appliquent de plein droit aux traitements de données à caractère personnel qui pourraient éventuellement être mis en œuvre ; *qu'ainsi, l'obligation de déclaration individuelle s'accompagne de garanties propres à assurer, pour les salariés, le respect de leur droit à la vie privée* » (souligné par nous). Dès lors, le lien entre le commentaire aux Cahiers, les moyens soulevés par les requérants et le libellé de la

1842 Décision n° 99-419DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, considérant n° 74.

1843 Décision n° 2007-557DC 15 novembre 2007, Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, considérant n° 15.

1844 Décision n° 2007-556DC du 16 août 2007, Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

1845 Anonyme, « Commentaire sur la décision n° 2007-556DC du 16 août 2007 », Cahiers du conseil constitutionnel, 2007, n° 23, p. 23.

1846 *Ibid.*, p. 24.

décision du juge constitutionnel semble extrêmement distendu. Ce décalage dans les termes employés laisse à penser que la notion de « respect du droit à la vie privée » a été employée de manière très générique, peut être en dehors de son domaine de définition.

Tel est également le cas, quoiqu'avec un décalage moindre, dans la décision adoptée par le Conseil à l'occasion de son examen de la loi relative à la protection de l'identité<sup>1847</sup>. Dans cette décision, le pavillon Montpensier considère dans un premier temps de manière classique que « la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »<sup>1848</sup>. Sur cette base, il inclut les données biométriques -en l'espèce des empreintes digitales – comme élément de la notion de vie privée. Mais il ne procède pas à une telle intégration à raison de la seule appartenance de ces données à cette notion, mais également et, manifestement de manière prépondérante, à raison des caractéristiques du traitement lui-même<sup>1849</sup>. Ces données ne sont alors pas considérées comme sensibles uniquement par nature mais aussi par destination, révélant ainsi l'insuffisance d'une approche centrée exclusivement sur la seule vie privée<sup>1850</sup>.

Cette impression de décalage, ou du moins de concordance non-absolue entre le domaine couvert par la vie privée et celui couvert par la protection des données personnelles, résolu dans la

1847 Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, Journal officiel du 28 mars 2012, p. 5607 (@ 6), Recueil, p. 158.

1848 Décision n° 2012-652 DC précitée, considérant 8. Cette formulation sera reprise ultérieurement à l'identique dans Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, JORF du 7 décembre 2013 page 19955 (@ 6), considérant n° 27.

1849 Décision n° 2012-652 DC précitée, considérants 10 et 11 : « 10. Considérant, toutefois, que, compte tenu de son objet, ce traitement de données à caractère personnel est destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ; que les données biométriques enregistrées dans ce fichier, notamment les empreintes digitales, étant par elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu, sont particulièrement sensibles ; que les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déferée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire ;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi ; que, par suite, les articles 5 et 10 de la loi doivent être déclarés contraires à la Constitution ; qu'il en va de même, par voie de conséquence, du troisième alinéa de l'article 6, de l'article 7 et de la seconde phrase de l'article 8 ».

1850 Pour un exemple plus récent et offrant un décalage comparable, voir Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, JORF du 7 décembre 2013 page 19955 (@ 6), considérant n° 28. En effet, le droit des données personnelles comprend en l'espèce un principe de finalité des traitements qui ne peut être rattaché à la protection de la vie privée en elle-même. Mais le recours à ce principe exogène étant nécessaire à une protection effective de cette dernière, il se trouve aspiré par le Conseil constitutionnel comme une garantie de cette dernière. De même, certains articles de la loi dite Hamon relative à la consommation ont été censurés par le Conseil constitutionnel au motif que, instituant un fichier recensant les crédits à la consommation, elles ne respectaient pas le principe de proportionnalité des traitements de données personnelles : Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, JORF du 18 mars 2014 page 5450, texte n° 2 (@ 2), considérants 51 et 57.

pratique par une interprétation large par le Conseil constitutionnel de la notion de vie privée, est encore accentué par la terminologie à laquelle peut recourir le juge lui-même.

Ainsi, dans sa décision n° 2007-557DC 15 novembre 2007 précitée, le Conseil indique dans son considérant n°17 que « le législateur a entendu ne pas autoriser le traitement des données à caractère personnel recueillies à l'occasion de la mise en œuvre de ce dispositif et n'a pas dérogé aux dispositions protectrices de la vie privée prévues par la loi du 6 janvier 1978 susvisée » (souligné par nous). Il existerait donc au sens de la loi informatique et libertés des dispositions spécifiquement protectrices de la vie privée, et d'autres ayant des objectifs différents.

Dès lors, une question se pose : la protection des données personnelles peut-elle se rattacher uniquement, sur le plan constitutionnel, au principe de respect de la vie privée, quand bien même celui-ci serait systématiquement visé par le Conseil constitutionnel ? La réponse est négative, sauf à envisager en droit constitutionnel la protection de la vie privée sous une forme aussi élargie que dans la jurisprudence de la CEDH, car le Conseil a inclus comme objet de la protection des données personnelles deux autres éléments, un spécial et un général, à savoir le principe d'égalité et une notion très générale de « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »<sup>1851</sup>. Ainsi, dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004<sup>1852</sup>, le Conseil constitutionnel définit comme objets protégés par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 le « droit au respect de la vie privée » et les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Le recours à cette formulation, extrêmement ample, lui permet de faire sortir, au moins implicitement, les enjeux de la protection des données personnelles du ghetto de la seule protection de la personne fichée. Une telle approche purement terminologique, neutre, est d'ailleurs reprise par le législateur qui évoque ainsi les « règles de protection de la liberté individuelle et de la vie privée établies par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »<sup>1853</sup>. Une telle formulation permet alors, *a posteriori*, de valider une intuition intéressante formulée par le professeur Frayssinet, à l'occasion du premier rattachement par le Conseil constitutionnel de la loi « informatique et libertés » à la notion de liberté individuelle. Il avait alors qualifié cette initiative de « judicieuse » car « la loi de 1978 concerne toutes les espèces d'autonomie de l'individu, tous les qualificatifs des libertés, individuelles ou publiques, dès que l'exercice de celles-ci passe par la gestion des données nominatives grâce à des fichiers classiques ou des traitements automatisés. Restreindre la finalité de la loi de 1978 au seul respect du droit à la vie privée reconnu par l'article 9 du code civil est une erreur d'analyse fréquente, réductrice de la portée et de l'intérêt d'une loi marquant une certaine avance du droit français »<sup>1854</sup>.

De ce qui précède, il résulte qu'en droit constitutionnel français, la protection des données personnelles est assimilée à la vie privée ou, à tout le moins, à une conception élargie, pouvant s'ouvrir ponctuellement à d'autres intérêts.

1851 Voir *infra*.

1852 Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, considérant n° 11.

1853 Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, article 3, dans sa version actuelle modifiée par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, art. 118.

1854 FRAYSSINET Jean, « Le conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (n° 92-316 DC, 20 janvier 1993) », *RFDC*, 1993, n° 14, p. 398.

## §2 – Une assimilation observable dans la jurisprudence de la CEDH

La tendance à l'assimilation de l'objet du droit de la protection des données personnelles à celui du droit au respect de la vie privée résulte d'un recoupement apparemment naturel entre leurs contenus respectifs. Cette convergence implique qu'au contentieux, en fonction du type de données en présence, les dispositions relatives tant à la protection de la vie privée que celles relatives à la protection des données personnelles peuvent indifféremment s'appliquer aux mêmes faits. Cette convergence est plus ou moins naturelle ; tel est le cas lorsque peut trouver à s'appliquer la notion de donnée sensible (A). *A contrario*, lorsque les données ne sont que personnelles, une telle convergence peut exister sans que cela n'aille forcément et systématiquement de soi (B).

### *A/ Une assimilation naturelle via la notion de donnée sensible*

Cette tendance à l'assimilation naturelle du droit des données personnelles au droit au respect de la vie privée provient d'abord de la similitude de contenu entre la notion de donnée sensible, spécifique au premier, avec le contenu de la notion de vie privée. Ces données sont réputées sensibles à raison de leur nature, impliquant par elle-même l'existence d'un risque pour les droits et libertés fondamentales de la personne fichée.

Le concept de donnée sensible est spécifique au droit des données personnelles et se retrouve à ce titre consacré dans la très grande majorité des instruments de droit interne et de droit international existant à ce jour. La notion n'est consacrée universellement que dans des instruments de droit mou, à l'instar des principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel, édictés par l'Assemblée Générale de l'ONU en 1990<sup>1855</sup>. Une telle notion est en revanche totalement absente des *lignes directrices* de l'OCDE<sup>1856</sup>. En droit international régional, la notion est en revanche précisée dans le droit positif. En droit européen, elle l'est ainsi de manière textuelle au sein de la Convention n° 108<sup>1857</sup> et des

1855 Ces principes directeurs disposent dans leur article 5 intitulé « Principe de non discrimination » que : « Sous réserve des cas de dérogations limitativement prévus sous le principe 6, les données pouvant engendrer une discrimination illégitime ou arbitraire, notamment les informations sur l'origine raciale ou ethnique, la couleur, la vie sexuelle, les opinions politiques, les convictions religieuses, philosophiques ou autres, ainsi que l'appartenance à une association ou un syndicat, ne devraient pas être collectées ». Les données sensibles sont donc consacrées avec précision dans un objectif de protection exclusive des individus contre toute discrimination. Il faut remarquer que c'est moins la dénomination que le contenu de la notion de donnée sensible qui s'y trouve consacré.

1856 JACQUE Jean-Paul, « La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel », *AFDI*, 1980, pp. 781: « le Conseil de l'OCDE a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prohiber le traitement de certains types de données en raison de divergences entre États relatives tant à l'opportunité d'interdire le traitement de données sensibles qu'à la difficulté de parvenir à un consensus sur une liste de ces données ».

1857 Dans le texte même de cette convention, il n'est pas fait référence à la notion de donnée sensible, seulement à des « catégories particulières de données » dans son article 6. En revanche, le rapport explicatif de cette convention s'y réfère explicitement: « Bien que le risque pour les personnes, présenté par le traitement des données, dépende en principe non pas du contenu des données elles-mêmes mais du contexte dans lequel elles sont utilisées, il y a des cas exceptionnels où le traitement de certaines catégories de données peut, en tant que tel, porter préjudice aux droits et intérêts des individus. Cet article énumère quelques catégories de données qui dans tous les États membres sont considérées comme étant particulièrement sensibles » (Rapport explicatif de la convention 108, article 6, §43).

instruments de l'UE relatifs aux données<sup>1858</sup>, et prétorienne au sein de la jurisprudence des Cours de Strasbourg et de Luxembourg.

La notion de donnée sensible n'est pas définie, mais fait l'objet d'une énumération de divers types de données. Le contenu de cette énumération peut se scinder en sous-ensembles, dont le nombre ou la dénomination peuvent varier selon les instruments.

La Convention n°108 ne se réfère pas directement à la notion de donnée sensible mais distingue, à côté des données personnelles de droit commun définies dans son article 2, des « catégories particulières de données » dans son article 6 : celles « révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, [qui] ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées »<sup>1859</sup>, ainsi que « les données à caractère personnel concernant des condamnations pénales »<sup>1860</sup>.

La directive 95/46 procède dans son article 8 à une énumération précise de son contenu, en distinguant trois ensembles: les « données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle », les « infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté » et les « sanctions administratives ou aux jugements civils » ainsi que le « numéro national d'identification ou tout autre identifiant de portée générale »<sup>1861</sup>. De manière générale, en droit de l'UE, le contenu de la notion en lui-même ne varie pas sensiblement dans les instruments adoptés ultérieurement<sup>1862</sup>.

1858 La directive 95/46 du 24 octobre 1995 consacre cette sensibilité par nature, en ce qu'elle reconnaît qu'il existe certaines « données qui sont susceptibles, par leur nature de porter atteinte aux libertés fondamentales ou à la vie privée » (considérant 33).

1859 Rapport explicatif de la convention 108, article 6, §44: « l'expression «révélant... les opinions. . . , les convictions ...» couvre également les activités découlant de ces opinions ou convictions ». Dans son §45, il précise que la notion de «données à caractère personnel relatives à la santé» qui intègre la catégorie des données sensibles « couvre les informations concernant la santé passée, actuelle et future, physique ou mentale d'un individu. Il peut s'agir d'informations sur un individu bien portant, malade ou décédé. Il est entendu que cette catégorie de données comprend également les informations relatives à l'abus d'alcool ou à la consommation de drogues ».

1860 Rapport explicatif de la convention 108, article 6, §47: « il y a lieu d'entendre par « condamnations pénales » les « condamnations fondées sur une loi pénale et dans le cadre d'une procédure pénale ».

1861 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, respectivement article 8,1 , 8,5 et 8,7.

1862 Directive 2006/24/CE sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO L 105 du 13 avril 2006, p. 54 (invalidée par CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié). A cet égard, la formulation retenue au sein de la directive 2006/24 est représentative, à la virgule près, du contenu attribué au droit communautaire à la notion de donnée sensible. Ainsi, cette directive dispose en son article 6 sous le titre « Traitements portant sur des catégories particulières de données » que : « le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle n'est autorisé que par une loi qui précise les mesures garantissant la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne concernée ». Voir également Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, Journal officiel n° L 350 du 30/12/2008 p. 0060 – 0071. Dans le cadre de l'ex troisième pilier, cette décision-cadre reconnaît également cette notion dans son article 6 relatif aux « Traitements portant sur des catégories particulières de données »: « Le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle n'est

Cette tendance à l'assimilation de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée s'exprime de manière prédominante dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Elle n'est pas contestée par les juridictions internes, qui retiennent systématiquement une formulation directement inspirée de la jurisprudence européenne<sup>1863</sup>. Il n'existe aucune décision de la Cour de Strasbourg consacrant la notion de donnée sensible. La Cour lui préfère celle de « données relatives à la vie privée d'un individu »<sup>1864</sup>, ce qui est cohérent à deux égards. D'abord parce que la CEDH met en œuvre une politique d'autonomie à l'égard des autres ordres juridiques qui s'étend jusqu'à la définition des notions employées, tant dans leur contenu que de leurs effets. La notion de « données relatives à la vie privée d'un individu » peut donc s'analyser comme une « notion autonome » spécifique à la Cour<sup>1865</sup>. Ensuite parce qu'il n'existe pas au sein de la CESDH de disposition relative à la protection des données personnelles, et ce pour une raison purement factuelle : ce texte est antérieur à l'apparition et à la diffusion des technologies permettant le traitement automatisé de données personnelles. Pour apprécier une violation des droits conventionnels perpétrée au moyen d'un traitement de données personnelles, elle est donc conduite à interpréter les dispositions de cette Convention en renouant alors avec les concepts spécifiques du droit des données personnelles, tels que définis notamment par le texte postérieur

autorisé que par une loi qui précise les mesures garantissant la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne concernée ». Mais cette décision-cadre ne considère pas comme sensibles des informations personnelles relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ainsi qu'aux numéros identifiants. Voir enfin le Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 008 du 12/01/2001 p. 0001 – 0022: dans le cadre du droit communautaire directement applicable aux institutions communautaires elles-mêmes, le règlement 45/2001 du 18 décembre 2000 reprend dans son article 10 une définition quasi identique à celle retenue dans le cadre de la directive 95/46 du 24 octobre 1995.

1863 Pour un exemple récent d'une formulation banale sur ces questions, voir CE, 11 avril 2014, n° 352473 : « En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée :

5. Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : " 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. / 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui " ; qu'aux termes de l'article 7 de la charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne : " Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications " ; que l'article 5 de la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel stipule que ces données sont : " (...) c) adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées " ; qu'aux termes, enfin, de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 : " Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : (...) 2° Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités (...) /3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs " ;

6. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces stipulations et dispositions que l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collection, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités ».

1864 CEDH, 26 mars 1987 *Leander c/ Suède*, série A n° 116, § 48; CCEDH, gr. ch., 16 février 2000, *Amann c/ Suisse*, n° 27798/95, CEDH 2000-II, §69.

1865 SUDRE Frédéric, « Le recours aux « notions autonomes » », *Droit et justice*, n° 21, 1998, pp. 93 – 131.

de la Convention n°108<sup>1866</sup>.

Dès lors, la notion de donnée sensible se trouve bel et bien consacrée dans la jurisprudence de la CEDH mais, pour ces deux raisons, cette consécration tend à entretenir la confusion entre la protection des données personnelles d'une part, la protection de la vie privée d'autre part. Cette assimilation entre les notions de données sensibles et de données relatives à la vie privée est observable directement et de manière constante dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Le contenu de la notion de donnée sensible recoupe alors celui de la définition classique de la protection de la vie privée.

Même si la CEDH répète dans ses décisions que « l'expression de « vie privée » est large et ne se prête pas à une définition exhaustive »<sup>1867</sup>, il est nécessaire de délimiter le périmètre des utilisations de la notion de vie privée dans des affaires où est en cause la protection des données personnelles. Le champ couvert par ce recoupement peut être réduit, pour ce qui concerne l'intimité de la vie privée, à trois domaines. Le premier concerne les informations relatives aux opinions politiques, syndicales et religieuses, considérées comme des données personnelles entrant par nature dans le champ de l'article 8 depuis l'affaire *Leander*<sup>1868</sup>. Le second concerne les informations relatives à l'intimité de la vie familiale. Cette inclusion a été initiée dans l'affaire *Margaret Murray contre Royaume-Uni* du 28 octobre 1994<sup>1869</sup>. L'inclusion des données relatives à l'intimité de la vie familiale dans la catégorie des données sensible a été confirmée en ce qui concerne les informations relatives à la filiation dans les arrêts *Gaskin*<sup>1870</sup> et *Odièvre*<sup>1871</sup>. Le dernier concerne les informations personnelles relatives à la santé, intégrées dans cette catégorie des « données relatives à la vie privée » par l'arrêt *Z. contre Finlande* du 25 février 1997<sup>1872</sup>, ce qu'a

1866 CEDH, gr. ch., 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, n° 28341/95, CEDH 2000-V, §43.

1867 CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, §79.

1868 CEDH, 26 mars 1987 *Leander c/ Suède*, précité, et notamment son §33 qui consacre la notion de données « susceptibles par leur nature de porter atteinte aux libertés fondamentales ou à la vie privée » et son §34 qui consacre cette catégorie particulière des données personnelles que sont les « données sensibles ». Dans cette affaire, Torsten Leander, charpentier suédois, avait postulé à un emploi situé à proximité d'une zone militaire protégée. Or, après consultation d'un fichier de sécurité, les autorités militaires avaient pris connaissance d'informations demeurées secrètes qui s'avéraient incompatibles avec son habilitation pour travailler dans la zone protégée. La candidature de M. Leander avait, dès lors, été rejetée. N'ayant pu obtenir l'accès aux données le concernant, l'intéressé avait alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme afin faire constater une violation de son droit au respect de sa vie privée. La Cour a considéré que la mémorisation de ces données avait porté atteinte à la vie privée du requérant, dans la mesure où ces données étaient de nature sensible (opinions politiques et syndicales). Voir également PETITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, 1999, pp. 346-348.

1869 CEDH, 28 octobre 1994, *Murray c/Royaume-Uni*, série A n° 300-A: Dans cette affaire, la requérante avait été soupçonnée d'entretenir des liens avec l'IRA et de participer à son financement. Arrêtée par l'armée, elle avait fait l'objet d'un interrogatoire au cours duquel des « données concernant sa personne, sa famille et sa maison » (§14) avaient été collectés et des photographies prises. La Cour a considéré que ces informations personnelles relevaient de l'article 8 de la CEDH; dès lors, elle a accepté de vérifier le respect par les autorités militaires anglaises des garanties offertes par l'article 8.

1870 CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, série A n° 160.

1871 CEDH, gr. ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98, CEDH 2003-III.

1872 CEDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, Recueil des arrêts et décisions 1997-I. Dans cette affaire, au cours d'un procès pénal engagé contre Monsieur X pour plusieurs viols, les autorités judiciaires finlandaises avaient cherché à déterminer la date à laquelle celui-ci avait contracté le VIH. Dans l'espoir d'obtenir quelques indices, les autorités judiciaires avaient demandé et obtenu que soit vérifiée l'éventuelle séropositivité de son épouse, Madame Z. Or, les informations médicales obtenues auprès des services hospitaliers ont par la suite été publiées par la presse *in extenso*. Madame Z a alors saisi les juridictions internes puis la CEDH car elle estimait que cette mesure de publicité portait atteinte à sa vie privée. A cette occasion, la CEDH reconnaît que « le respect du

confirmé la même année l'arrêt *M.S. contre Suède*<sup>1873</sup>. Cette catégorie est particulièrement intéressante en ce qu'elle révèle que pour un même contenu, soit des données relatives à la santé, l'appellation est différente selon que l'on se trouve devant la CEDH ou la CJUE. Ainsi, confrontée à une affaire portant sur des données de ce type, la Cour de Luxembourg a conservé la notion de donnée sensible, notion spécifique au droit des données personnelles<sup>1874</sup>.

Une telle assimilation de la notion de donnée sensible à celle de donnée relative à la vie privée n'est pas sans conséquence, dans la mesure où elle entraîne, pour la CEDH, violation de l'article 8 par principe, au stade même de la mémorisation de ce type de données<sup>1875</sup>. Pour autant, cette tendance paraît naturelle au regard de la similitude de contenus entre les deux notions. Ce premier recoupement naturel a ouvert la voie à une assimilation plus poussée et surtout plus artificielle du droit protégeant la personne fichée aux dispositions du droit au respect de la vie privée.

### *B/ Une assimilation plausible du fait de la mutation de la notion de vie privée*

Le recoupement entre le domaine couvert par la protection des données personnelles et celui recouvert par la protection de la vie privée ne se limite pas au seul domaine des données sensibles. Ne s'en tenir qu'à la protection de la confidentialité de certaines informations intimes reviendrait à laisser de côté de larges pans de ce que recouvre actuellement en droit européen la notion de vie privée. En effet, cette dernière, à l'instar de l'appréhension de cette notion en droit interne et dans certains ordres juridiques étrangers, englobe également la liberté de la vie privée. Elle se définit, de manière synthétique, comme la possibilité d'exercer conjointement sa vie privée et sa liberté sans sacrifier l'une à l'autre. Il s'agit pour ainsi dire du droit d'exercer sa liberté dans sa vie privée.

caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention » (§95).

1873 CEDH, 27 août 1997, *M. S. c/ Suède*, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV. Dans cette affaire, le litige initial portait sur la transmission du dossier médical d'une personne par les services hospitaliers aux caisses de sécurité sociale qui en avaient fait la demande pour vérifier si la personne en question remplissait les conditions de perception pour invalidité professionnelle. Les requérants contestaient cette transmission au motif qu'elle portait atteinte à leur vie privée. La CEDH reconnaît que « le dossier médical en question comportait des données de nature de nature hautement personnelle et sensible ». Elle en déduit dans un premier temps l'atteinte à l'article 8, et précise dans un second temps que : « la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privé et familiale garanti par l'article 8 de la convention ».

1874 CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist, préc.*: La Cour a considéré au paragraphe 51 de cet arrêt que « l'indication du fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel constitue une donnée à caractère personnel relative à la santé au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 95/46 ». Mais, avec une portée plus étendue, elle a également considéré au paragraphe 50 qu'il convenait de donner à l'expression « données relatives à la santé » employée dans l'article 8 paragraphe 1 de la directive 95/46/CE « une interprétation large de sorte qu'elle comprenne des informations concernant tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne ».

1875 CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008, §67: « Le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 (*Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 48, série A n° 116). Peu importe que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite (*Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, § 69, CEDH 2000-II). Toutefois, pour déterminer si les informations à caractère personnel conservées par les autorités font entrer en jeu l'un des aspects de la vie privée précités, la Cour tiendra dûment compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirés ».

L'adjonction en droit positif d'une nouvelle composante à la notion européenne de vie privée hors celle relative au secret s'est déclinée de deux manières distinctes mais complémentaires: de manière spatiale par un élargissement du champ d'application de la notion de vie privée à travers son extension à la « vie privée sociale » ; de manière fonctionnelle, par l'attribution à la protection de la vie privée d'une mission supplémentaire en sus de la protection de son intimité: le développement de la personnalité (1). En l'absence de dispositions au sein de la CESDH permettant à la Cour de Strasbourg d'assurer la protection de cette vie privée élargie, l'assimilation d'éléments du droit des données personnelles paraît inévitable (2).

### 1) La mutation spatiale et fonctionnelle de la notion de vie privée

La liberté de la vie privée dérive d'abord d'une redéfinition spatiale de la notion de vie privée par les juges européens, la Cour incluant la vie sociale depuis son arrêt *Niemietz contre Allemagne* du 16 décembre 1992<sup>1876</sup>. Cette conception est confirmée par l'arrêt *P.G. et J. H.* précité, dans lequel la Cour constate explicitement l'existence d'« une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée » »<sup>1877</sup>. Cette conception de la vie privée prend en compte, au delà de la sphère d'intimité de la vie privée, la vie publique ou sociale de la personne. L'ancien critère utilisé afin de déterminer s'il y a une atteinte à la vie privée de la personne, qui consistait à ne caractériser l'atteinte que dans la mesure où elle n'avait pas eu lieu dans la vie publique, est dépassé par cette nouvelle conception. L'intérêt de cette évolution pour la matière des données personnelles est éclairé par l'arrêt *Amann* du 16 février 2000<sup>1878</sup>. Après avoir examiné la nature des données collectées, la Cour constate qu'en dépit de caractère à proprement parler intime des données collectées que le cadre professionnel de cette collecte, il s'agit bien en l'espèce de données « relatives à la vie privée » du requérant et que « l'article 8 trouve en conséquence à s'appliquer à ce grief également »<sup>1879</sup>.

Cette extension spatiale de la notion de vie privée en droit européen se double d'une extension, fonctionnelle. De moyen de défense statique de l'intimité, la notion de vie privée devient, dans la jurisprudence européenne, un quasi-synonyme de la notion de liberté en intégrant ainsi le « droit au développement personnel », droit connu en droit interne français mais aussi dans d'autres

1876 CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A n° 251-B, § 29 « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur ».

1877 CEDH, 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni*, n° 44787/98, CEDH 2001-IX, §56.

1878 CEDH, gr. ch., 16 février 2000, *Amann c/ Suisse*, n° 27798/95, CEDH 2000-II. Dans cette affaire, Monsieur Amann avait été contacté par téléphone par une employée de l'ambassade soviétique de Berne qui souhaitait lui passer commande d'un appareil dépilatoire. Or, au cours des années 1980, les autorités suisses procédaient à la surveillance permanente des activités et des correspondances de cette ambassade. L'identité de Monsieur Amann avait donc été consignée dans une fiche résumant le contenu de l'entretien téléphonique, la fiche étant par la suite conservée par le ministère public de la Confédération suisse. En 1990, ayant eu connaissance de cette surveillance systématique, le requérant avait demandé la communication de cette fiche mais n'en avait obtenu qu'une version expurgée. Après épuisement des voies de recours interne, il a saisi la CEDH en arguant d'une violation de l'article 8 de la CESDH.

1879 CEDH, gr. ch., 16 février 2000, *Amann c/ Suisse*, précité, §67.

ordres juridiques étrangers sous le terme de « liberté de la vie privée »<sup>1880</sup>.

Le contenu de ce droit au développement personnel est précisé pour la première fois en 1998 dans l'arrêt *Botta contre Italie*. La Cour y énonce que « la sphère de la vie privée telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité morale d'une personne ; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables »<sup>1881</sup>. Ce faisant, la Cour crée de toutes pièces un « droit au développement personnel »<sup>1882</sup>, dont l'objet est de « permettre à l'individu d'aller vers les autres muni du passeport social (...) qui reflète le mieux sa personnalité »<sup>1883</sup>.

Elle prend acte dans ce même arrêt de la double extension – spatiale et fonctionnelle – de la notion de vie privée en relevant que « La sphère de la vie privée, telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne ; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Niemietz c/ Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 33, § 29) »<sup>1884</sup>. La notion de vie privée ne saurait désormais se cantonner à la sphère d'intimité de la personne, mais englobe également, « dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables »<sup>1885</sup>. La subjectivisation de la protection de la vie privée est encore renforcée par la reconnaissance, moins d'un an auparavant, de la possibilité pour la personne concernée de circonscrire elle-même le domaine de sa vie privée en fonction du critère éminemment subjectif de la « croyance raisonnable à la nature privée d'une situation »<sup>1886</sup>.

Ce faisant, la Cour de Strasbourg n'innove pas complètement dans la mesure où elle se contente de consacrer avec retard une conception de la notion de vie privée déjà évoquée par la Commission dans deux affaires anciennes. En 1976, elle avait procédé à un premier élargissement de la notion de vie privée au sens de l'article 8 de la CESDH en rappelant que certes, cette disposition vise « le droit à l'intimité, le droit de vivre autant qu'on le désire à l'abri des regards étrangers », mais qu'elle « comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir des relations avec d'autres être humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité »<sup>1887</sup>. Ce premier élargissement avait connu un début de conceptualisation peu de temps après, en 1977 dans l'affaire *Brüggeman et Scheuten contre RFA*, dans laquelle elle estimait que « le droit au respect de la vie privée assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité »<sup>1888</sup>.

1880 Voir *infra*.

1881 CEDH, 24 février 1998, *Botta c/ Italie*, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, §32.

1882 CEDH, 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni*, précité, §56.

1883 SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENoire Adeline, LEVINET Michel, 5<sup>ème</sup> édition, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF-Thémis, 2009, p. 489.

1884 C'est le cas de manière explicite dans l'arrêt *Botta* précité, §33.

1885 CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A n° 251-B, §58.

1886 CEDH, 25 juin 1997, *Halford c/ Royaume-Uni*, Recueil des arrêts et décisions 1997-III, §45. L'expression a gagné en concision dans l'arrêt CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, n° 59320/00, CEDH 2004-VI, §51, en étant désigné par le terme d'« espérance légitime » de protection et de respect de la vie privée.

1887 Comm. EDH, 18 mai 1976, *X. c/ Islande*, DR, 5, p. 86. Le fond de l'affaire concernait la requête d'un habitant de Reykjavik qui considérait comme attentatoire à sa vie privée une réglementation proscrivant la détention d'un chien dans la capitale islandaise.

1888 Comm. EDH, 12 juillet 1977, *Brüggeman et Scheuten c/ RFA*, n° 6959/75, D. et R. 10, 100, §55.

## 2) Une mutation de la notion de vie privée multipliant les points de convergence avec le droit des données personnelles

L'évolution spatiale et fonctionnelle de la notion de vie privée par le recours au droit au développement personnel a permis à la Cour de protéger les données personnelles objet d'un traitement informatique, soit au titre du droit à la réputation ou du principe de dignité de la personne humaine (a) mais non au titre de la protection de la présomption d'innocence (b).

### a) Les points de convergence

Le droit au respect de la vie privée implique la protection du droit à la réputation. En effet, le Conseil de l'Europe considérait bien avant l'adoption de la Convention n° 108 que « le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux-jour, la non divulgation de faits inutiles et embarrassants »<sup>1889</sup>.

Or, la Cour n'a pas manqué de relever elle-même cette parenté dans le cadre de l'affaire *Rotaru*<sup>1890</sup>, relative à la mémorisation d'informations anciennes dans un fichier. Dans son opinion partiellement dissidente sous cet arrêt, le juge Bonello s'interroge sur la pertinence du raisonnement suivi par la Cour qui a conduit à considérer des données publiques comme relevant de la vie privée du requérant<sup>1891</sup>. L'intuition de ce magistrat a été explicitement confirmée quelques années plus tard, à l'occasion de l'arrêt *Radio France contre France* du 30 mars 2004. En effet, son paragraphe 31 mentionne sobrement que « La Cour souligne autant que de besoin que le droit à la réputation figure parmi les droits garantis par l'article 8 de la Convention, en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée »<sup>1892</sup>. Dès lors, en tant qu'il a pour objectif de préserver *a priori* la possibilité d'interactions ultérieures avec autrui, la protection de la réputation participe de cette notion de développement personnel. Dans l'affaire *Gunes contre France*, la CEDH a reconnu, certes de manière incidente, qu'une protection effective des données personnelles permet la protection de la réputation de la personne fichée.

Dans cette affaire, le requérant, responsable d'une association s'était vu retirer le bénéfice

1889 Recommandation 428 (1970) portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, Ann. Conv., vol. 13, 1970, p. 65.

1890 CEDH, gr. ch., 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, précité, §44: « En l'espèce, la Cour constate que la lettre du 19 décembre 1990 du SRI contenait diverses informations sur la vie du requérant, en particulier sur ses études, sur ses activités politiques et sur son casier judiciaire, dont une partie avait été recueillie il y a plus de cinquante ans auparavant. De l'avis de la Cour, de tels renseignements, lorsqu'ils sont, d'une manière systématique, recueillis et mémorisés dans un fichier tenu par des agents de l'État, relèvent de la « vie privée » au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. *Tel est d'autant plus le cas en l'espèce que certaines informations ont été déclarées fausses et qu'elles risquent de porter atteinte à la réputation de l'intéressé* ».

1891 DE SCHUTTER Olivier, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel, note sous CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie* », *RTDH*, 2001, opinion partiellement dissidente du juge Bonello sous l'arrêt cité, p. 147-148. Mais il ajoute à la fin de son opinion dissidente, au paragraphe 13: « Encore une fois, je reconnais sans difficulté que les « fausses » informations sur le requérant, conservées par les services de sécurité, étaient de nature à porter atteinte à sa réputation. Il semblerait que la Cour, ces derniers temps, cherche à évoluer vers l'idée que la « réputation » pourrait soulever des questions au regard de l'article 8. Ouvrir l'article 8 à ces nouvelles perspectives ajouterait une dimension supplémentaire excitante à la protection des droits de l'homme. Mais à mon sens, la Cour devrait s'attaquer de front à cette réforme, et non l'aborder, presque subrepticement, comme une question à l'orée du droit à la vie privée ».

1892 CEDH, 30 mars 2004, *Radio France et autres c/ France*, n° 53984/00, CEDH 2003-X.

d'une subvention. Imputant cette décision à son origine kurde, il avait saisi la CNIL d'une demande tendant à ce que lui soient communiquées les informations le concernant contenues dans les fichiers des services des renseignements généraux. Prenant enfin connaissance de son dossier après neuf années de procédure devant le juge administratif et se rendant compte que les informations qu'il contenait étaient entachées de nombreuses erreurs, il a fait valoir la situation difficile tant personnelle que professionnelle dans laquelle le plaçaient les erreurs contenus dans ce fichier.

Devant la CEDH, l'essentiel du litige portait sur le recours qu'avait introduit le requérant à la suite de cette communication, dans lequel il mettait en cause la responsabilité de l'État du fait du retard apporté par les juridictions administratives à statuer. L'ensemble des voies de recours internes ayant été infructueusement épuisées, il arguait à titre principal devant la Cour que l'article 6 avait été violé par la durée excessive de sa première série de procédures. Bien que l'affaire ne concerne *a priori* pas directement les relations entre le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 ni ses éventuelles relations avec le droit de la protection des données personnelles, elle présente un intérêt en raison de l'*obiter dictum* par lequel la Cour reconnaît qu'une protection défailante des données personnelles de l'intéressé risquait de porter atteinte à sa réputation<sup>1893</sup>.

Le droit au respect de la vie privée est impliqué par le principe du respect de la dignité humaine. En effet, il suppose l'absence de stigmatisation de la personne en société à raison de faits relevant de l'intimité de sa vie privée. Cela sous-entend d'abord l'absence de retentissement de faits ou d'informations relevant du noyau dur de l'intimité de la vie privée. Cela implique ensuite l'absence de retentissement de faits en nature avec d'éventuelles infractions pénales, administratives ou civiles, qui ne ressortent *a priori* pas aussi nettement du domaine de l'intimité de la vie privée. Dans les deux cas, le point commun est la notion de stigmaté, définie dans son sens ancien comme une « marque imprimée au fer rouge sur le corps comme un châtiment »<sup>1894</sup>. Le droit au développement personnel implique ainsi, par sa proscription des stigmates issus de la vie privée, l'exercice effectif du libre-arbitre de la personne humaine. Un tel exercice implique en effet une capacité de renouvellement et d'évolution de la personne en fonction de son libre-arbitre et s'oppose au déterminisme.

En ce sens, l'inscription du droit au développement personnel au sein du droit au respect de la vie privée ne constitue qu'un symptôme du rapprochement avec le principe de dignité. Ce rapprochement est d'abord opéré par le rappel selon lequel « bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »<sup>1895</sup>. Ce premier évitement du domaine de la vie privée à des objectifs plus larges situés conceptuellement en amont se précise avec l'arrêt *KA et AD contre Belgique* du 17 février 2005. En effet, la Cour de Strasbourg y précise que « l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [...]. Ce droit implique

1893 CEDH, 20 novembre 2008, *Gunes c/ France*, n° 32157/06, § 25 et 26: « La Cour ne voit rien dans les éléments produits par le Gouvernement qui permettrait d'expliquer de tels délais. Elle estime par ailleurs que l'enjeu de la procédure pour le requérant était réel dès lors qu'il s'agissait pour l'intéressé de se voir communiquer des informations à caractère personnel le concernant, dont le caractère éventuellement inexact risquait de porter atteinte à sa réputation ».

1894 *Le nouveau Petit Robert*, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, 2010, p. 2435.

1895 CEDH, 29 juillet 2002, *Pretty c/ Royaume Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III, §61.

le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »<sup>1896</sup>.

Le premier recoupement entre le droit au développement personnel et la protection des données personnelles est illustré dans l'affaire *Z contre Finlande*, précédemment évoquée<sup>1897</sup>. Dans cette affaire, au cours d'un procès pénal engagé contre Monsieur X pour plusieurs viols, les autorités judiciaires finlandaises avaient cherché à déterminer la date à laquelle celui-ci avait contracté le VIH. Dans l'espoir d'obtenir quelques indices, les autorités judiciaires avaient demandé et obtenu que soit vérifiée l'éventuelle séropositivité de son épouse, Madame Z. Or, les informations médicales obtenues auprès des services hospitaliers ont par la suite été publiées par la presse *in extenso*. Madame Z a alors saisi les juridictions internes puis la CEDH car elle estimait que cette mesure de publicité portait atteinte à sa vie privée. A cette occasion, la CEDH reconnaît que « le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention »<sup>1898</sup>. Plus particulièrement, en ce que les données personnelles impliquées dans l'affaire étaient des informations relatives à la séropositivité d'une personne, la Cour a explicitement souligné l'enjeu de la protection de ces données en ce que « la divulgation de tels renseignements peut avoir des conséquences dévastatrices sur la vie privée et familiale de la personne concernée et sur sa situation sociale et professionnelle, l'exposant à l'opprobre et à un risque d'exclusion »<sup>1899</sup>. La protection des données personnelles en matière de santé joue donc un rôle fondamental non pas seulement pour la préservation du secret de la vie privée mais, en l'espèce et surtout, pour la préservation de la liberté de la vie privée<sup>1900</sup>.

Le second recoupement entre le droit au développement personnel et la protection des données personnelles est illustré cette fois dans le contentieux de l'UE devant la CJCE, laquelle se fonde sur l'article 8 de la CEDH, dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk* du 20 mai 2003<sup>1901</sup>. Dans cet arrêt, la CJCE considère que la collecte de données nominatives relatives aux revenus professionnels d'un individu, en vue de les communiquer à des tiers, entre dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH. Elle constate que, si la simple mémorisation par l'employeur de données nominatives relatives aux rémunérations versées à son personnel ne saurait, comme telle, constituer une ingérence dans la vie privée, la communication de ces données à un tiers, en l'occurrence une autorité publique, porte atteinte au respect de la vie privée des intéressés, quelle que soit l'utilisation ultérieure des informations ainsi communiquées, et présente le caractère d'une ingérence au sens de l'article 8 de la CEDH<sup>1902</sup>. La Cour a ajouté que, pour établir l'existence d'une telle ingérence, il importe peu que les informations communiquées présentent ou non un caractère sensible ou que les intéressés aient ou non subi d'éventuels inconvénients en raison de

1896 CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, §83.

1897 CEDH, 25 février 1997, *Z c/ Finlande*, précité.

1898 *Ibid.*, §95.

1899 *Ibid.*, §96.

1900 D'ailleurs, dans une affaire CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, n° 7508/02, CEDH 2006-XI, qui concernait des faits d'espèce assez similaires à l'affaire *Z. c/ Finlande* en ce qu'ils portaient sur la divulgation au cours d'un procès d'informations personnelles médicales, la Cour a reconnu expressément dans le §44 de cet arrêt « le rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel – les informations relatives à la santé n'en étant pas les moindres – pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, étant donné que le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention ».

1901 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Rec. 2003, p. I-04989.

1902 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, précité., §74.

cette ingérence. Il suffit que les données relatives aux revenus perçus par un travailleur ou un pensionné aient été communiquées par l'employeur à un tiers<sup>1903</sup>. La violation de la vie privée résulte alors clairement non de la divulgation d'informations intimes, ce qui dans ce cas aurait révélé une atteinte au secret de la vie privée, mais de l'impact d'informations personnelles sur son intégration dans la société<sup>1904</sup>.

En soi, il ne s'agit que d'un raccourci bénin. Mais la formule précitée selon laquelle « La protection des données repose sur le droit fondamental à la vie privée » utilisée par l'avocat général Kokott dans cette affaire a pu être utilisée par la suite telle quelle dans les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalon présentées dans l'affaire *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*<sup>1905</sup>. Or, l'emploi d'une telle formule peut être déploré dans la mesure où elle laisserait croire, isolée de son contexte, que son auteur opère une confusion entre droit au respect de la vie privée et droit à la protection des données personnelles. Or, tout ce qu'elle signifie -et l'avocat général Pedro Cruz Villalon l'exprime très nettement<sup>1906</sup>-, c'est qu'en fonction de la nature des données personnelles en présence, les deux droits peuvent se recouper, ce qui était d'ailleurs le cas dans cette affaire<sup>1907</sup>.

#### b) Un point de divergence : le respect de la présomption d'innocence

L'étude des relations entre le droit au développement personnel et le droit de la protection des données personnelles dans la jurisprudence de la CEDH révèle une assimilation plausible du second au droit au respect de la vie privée tel qu'étendu dans sa conception par l'arrêt *Botta*. Mais cette assimilation a des limites, paradoxales d'ailleurs, en ce qu'elle conduit à ne pas inclure comme composante du droit au développement personnel la présomption d'innocence. Or, sa garantie par le droit des données personnelles est pourtant explicitement conçue par la CEDH comme un moyen de lutter contre les risques de stigmatisation de l'individu<sup>1908</sup>.

En effet, le droit au développement personnel se distingue du droit à la présomption d'innocence par son champ d'application et non par sa fonction. La différence entre ces deux droits tient au contexte dans lequel ils interviennent respectivement. Le droit au développement personnel s'épanouit dans un cadre très large et de ce fait très flou qui ressort de l'usage par un individu de sa liberté au sens large. Le droit à la présomption d'innocence a un champ d'application beaucoup plus restreint étant donné qu'il ne trouve à s'appliquer que dans le cadre

1903 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, précit., §75.

1904 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, précit., §89, dans lequel cette différence est explicitement soulignée: « S'agissant, d'autre part, de la gravité de l'atteinte au droit des personnes concernées au respect de leur vie privée, il n'est pas exclu que ces dernières puissent être lésées du fait des répercussions négatives de la publicité attachée à leurs revenus professionnels, notamment sur les perspectives d'embauche qui s'ouvriraient à elles dans d'autres entreprises situées ou non en Autriche et qui ne sont pas soumises au contrôle du Rechnungshof ».

1905 Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalon présentées le 12 décembre 2013 dans l'affaire *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*, §62.

1906 Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalon précitées., §§ 63 à 65.

1907 CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié, §29.

1908 CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*, n° 21010/10, §37 : « il appartient à la Cour d'être particulièrement attentive au risque de stigmatisation de personnes qui, à l'instar du requérant, n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence. Si, de ce point de vue, la conservation de données privées n'équivaut pas à l'expression de soupçons, encore faut-il que les conditions de cette conservation ne leur donne pas l'impression de ne pas être considérés comme innocents (S. et Marper, précité, § 122, et M.K., précité, § 36) ».

d'un procès. La ressemblance fondamentale entre ces deux droits tient à leur fonction commune de prévention de la stigmatisation: à des fins générales concernant le droit au développement personnel et à des fins processuelles concernant la présomption d'innocence. Une telle ressemblance est encore accentuée, pour le juriste français, par la classification de chacun de ces deux droits dans la catégorie doctrinale des droits de la personnalité<sup>1909</sup>.

Il est dès lors permis de se demander si le droit à la présomption d'innocence ne serait pas en fait un démembrement du droit au développement personnel spécifique à la procédure pénale. Une telle hypothèse s'alimente à la source de l'arrêt *Marper contre Royaume-Uni* du 4 décembre 2008<sup>1910</sup>, considéré par la doctrine soit comme un « arrêt historique »<sup>1911</sup>, soit plus sobrement comme « peut être le plus important parmi plus de 1000 arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 2008 »<sup>1912</sup>. En effet, les requérants avaient tout deux été inculpés pour des motifs distincts et l'un, acquitté par la suite, l'autre voyant son affaire classée sans suite. Pour autant, les données personnelles prélevées sur les requérants, en l'espèce les empreintes digitales et des échantillons d'ADN, demeuraient conservées par les autorités de police britannique nonobstant la demande de destruction faite par les deux requérants. Après avoir épuisé en pure perte l'intégralité des voies de recours interne, les deux requérants ont saisi la CEDH, estimant que la conservation de leurs empreintes digitales et de leur ADN pour une durée illimitée était constitutive d'une atteinte à leur droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH. Sur le fond, la Cour leur donne raison et conclut à la violation de l'article 8 par le Royaume-Uni du seul fait du caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des données en cause, quelles que soient la nature et la gravité des infractions ainsi que de l'âge, l'un des requérants était mineur au moment des faits à l'origine de son inculpation<sup>1913</sup>.

Mais les développements les plus intéressants sont ceux que la Cour consacre à analyser si une telle conservation de données personnelles d'individus non coupables dans les mêmes conditions que les personnes condamnées, alors que le reste de la population ne fait pas l'objet d'un tel fichage, caractérise une violation de la présomption d'innocence. Or, la Cour déduit de ce principe qu'elle garantit « une règle générale en vertu de laquelle on ne peut plus exprimer des soupçons sur l'innocence d'un accusé une fois que celui-ci a été acquitté »<sup>1914</sup>. Elle fait donc explicitement le lien entre ce corollaire de la présomption d'innocence et « le risque de stigmatisation, qui découle du fait que les personnes dans la situation des requérants, qui n'ont été reconnus coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traitées de la même manière que des condamnés », qu'elle juge « particulièrement préoccupant »<sup>1915</sup>. Dans ces conditions, la ressemblance avec l'une des fonctions de prévention de la stigmatisation

1909 Tel que résultant de la doctrine, qui s'appuie sur son inscription à l'article 9-1 du Code civil, soit juste après l'article 9 servant de « base matricielle des droits de la personnalité » en droit français (voir *infra*, section 2).

1910 CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008.

1911 PEYROU-PISTOULEY Sylvie, « L'affaire *Marper c/ Royaume-Uni*, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 741.

1912 MARGUENAUD Jean-Pierre, « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées (note sous CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume Uni*) », *RSC*, janvier/mars 2009, n°1, pp. 182-185.

1913 CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, précité, §125.

1914 CEDH, 21 mars 2000, *Rushiti c/ Autriche*, n° 28389/95, § 31, cité *in extenso* dans l'arrêt *Marper* précité au §122. Pour autant, cette ligne jurisprudentielle n'est pas récente car déjà dans son arrêt CEDH, 25 août 1993, *Sekanina c/ Autriche*, série A n° 266-A, §30, la Cour avait estimé que « l'on ne saurait s'appuyer à bon droit sur de tels soupçons [sur l'innocence d'un accusé] après un acquittement devenu définitif ».

1915 CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, précité, §122.

caractérisant le droit au développement personnel est frappante.

Pour autant, la Cour n'a pas conclu à la violation du droit à la présomption d'innocence du seul fait de la conservation de données personnelles, dans la mesure où cette dernière n'équivaut pas objectivement à établir des soupçons, même si elle relève qu'une telle conservation peut néanmoins être légitimement perçue comme telle par la personne concernée<sup>1916</sup>. En dépit de cette nuance, la position adoptée par la Cour en l'espèce est critiquable<sup>1917</sup> en ce qu'elle retranche au champ couvert par le droit au développement personnel un élément qui semble s'y intégrer naturellement. Dans la mesure où le droit des données personnelles restreint leur collecte et leur traitement en vue de permettre la réhabilitation de la personne fichée, cette décision montre les limites assignées au droit au développement personnel dans la protection des données personnelles.

## Section 2 – Une assimilation partiellement consacrée des instruments

Cette assimilation de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée est partielle dans la mesure où elle ne s'observe, sauf rares exceptions, qu'en droit international et ne conduit pas à remettre en cause l'existence de la distinction entre les instruments relatifs aux données et ceux relatifs à la protection de la vie privée. Sa seule justification réside dans le souci d'effectivité de plus en plus marqué des droits fondamentaux, et notamment du droit au respect de la vie privée. En effet, les instruments le consacrant manquent des concepts permettant de faire face aux atteintes dues aux traitements de données personnelles. Cette recherche d'effectivité de la protection de la vie privée passe par l'assimilation ou l'emprunt de concepts spécifiques au droit des données<sup>1918</sup>. Un tel processus d'assimilation obéit à deux types de démarche de la part des juridictions ou para-juridictions internationales et nationales chargées, de manière exclusive ou non, de statuer en matière de droits de l'homme.

1916 *Ibid.*, §122.

1917 Et d'ailleurs critiquée: voir à ce titre PEYROU-PISTOULEY Sylvie, « L'affaire Marper c/ Royaume-Uni, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, juillet-août 2009, pp. 745-746. Voir également, critiquant « une certaine pusillanimité » de la part de la Cour, ROUSSEL Gildas, « Violation de l'article 8 de la Convention EDH par le fichage illimité des suspects », *A.J. Pénal*, n°2 2009, février 2009, p.81. Au renfort de cette critique, il convient de noter que si le Conseil constitutionnel français n'a pas considéré que la présomption d'innocence est atteinte par l'inscription dans un fichier, il ne s'agissait pas d'une position de principe mais plutôt d'un constat posé en fonction des circonstances de l'espèce. Même si les chances semblent minces pour que l'une ou l'autre de ces juridictions reconnaisse dans l'immédiat, la présomption d'innocence comme un intérêt protégé par le droit des données personnelles, il n'est pas dit que cette position n'évoluera pas, au gré des circonstances d'espèces à venir. Voir Décision n° 2003-467DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, Journal officiel du 19 mars 2003, p. 4789, Recueil, p. 211, considérant n°40: « Considérant, en premier lieu, que l'enregistrement de données nominatives dans des traitements de la nature de ceux auxquels fait référence l'article 21 de la loi déferée ne porte par lui-même aucune atteinte au principe de la présomption d'innocence ».

1918 Une telle façon de faire peut d'ailleurs être nettement explicitée, à l'instar de ce que l'on peut observer dans la jurisprudence de la CEDH. Ainsi, cette dernière reprend, dans une décision récente, la formulation classique au terme de laquelle « La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans cet article »(CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*, n° 21010/10, §35).

La première est une démarche fonctionnelle suivie notamment par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la CEDH qui consiste à compléter jurisprudentiellement les carences d'instruments de protection des droits de l'homme en matière de vie privée ne comportant aucune garantie relative à la protection des données. Cette démarche vise alors à rendre effective la protection du droit au respect de la vie privée (§1).

La seconde est une démarche stratégique de la CJUE. Elle intègre la dimension fonctionnelle précédemment mise en évidence et la dépasse, en étendant le bénéfice des garanties du droit au respect de la vie privée à des piliers européens non couverts par le droit de l'UE relatif aux données personnelles. Elle procède en visant non pas ces normes au champ d'application très segmenté, mais l'article 8 de la CESDH tel qu'interprété par la CEDH, jugeant cet ensemble susceptible de s'appliquer à n'importe quelle politique de l'Union (§2).

## **§1 - Une assimilation fonctionnelle**

Certaines Cours n'assimilent que partiellement le droit des données personnelles, à travers l'emprunt de concepts et procédés qui lui sont propres, à une garantie de la protection de la vie privée (A). Au contraire, la CEDH apparaît engagée dans un processus d'assimilation systématique (B).

### *A/ Les assimilations fonctionnelles partielles*

Le caractère partiel d'une telle assimilation résulte de facteurs divers, propres aux Cours et institutions qui ont eu à intervenir sur le sujet.

Cela peut tout d'abord résulter de l'absence de toute norme relative aux données personnelles dans un ordre juridique donné. Tel est le cas des travaux du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, dans le cadre desquels cette assimilation est réduite à son principe, n'ayant pas donné lieu à notre connaissance à application jurisprudentielle. Le PIDCP ne comporte pas de dispositions spécifiques au droit des données personnelles mais contient en revanche des dispositions protectrices de la vie privée en son article 17<sup>1919</sup>. Or, le respect de ces dernières implique pour le Comité, à l'instar de la CEDH, l'adoption d'un comportement proactif de la part des États. En matière de protection de la vie privée, ces obligations positives impliquent l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles<sup>1920</sup>. Ce souci de rendre effective la protection de la vie privée face aux atteintes commises par les NTIC a, très tôt, conduit le Comité à adopter une observation générale relative à l'article 17 du PIDCP, dans laquelle il assimile explicitement le droit de la protection des données personnelles à une garantie de cet article en considérant que

1919 PIDCP, article 17: « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

1920 NOWAK Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, 2<sup>ème</sup> édition, N. P. Engel, 2005, p. 388: « The *protection of personal data* represents a special form of respect for intimacy, having become necessary in the course of technological developments in electronic data processing. State parties are required by Art. 17(2) to regulate the recording, processing, use and conveyance of automated personal data and to protect those affected against misuse by State organs as well as private parties. In addition to prohibiting data processing for purposes that are incompatible with the Covenant, data protection laws must establish rights to information, correction and, if need be, deletion of data and to provide effective supervisory measures ».

certain mécanismes spécifiques du premier devraient être instaurés en tant que garantie expresse de la vie privée<sup>1921</sup>.

Dans une certaine mesure, le Conseil constitutionnel français se trouve également dans une situation similaire. En effet, en l'absence de norme constitutionnelle relative aux données personnelles<sup>1922</sup>, il a pu explicitement considérer certains éléments distinctifs du droit des données personnelles comme constituant des garanties conditionnant l'effectivité même du droit au respect de la vie privée. Tel est par exemple le cas du principe de finalité, propre au droit des données, considéré par le Conseil constitutionnel comme constituant une garantie propre à assurer le respect de la vie privée de la personne fichée<sup>1923</sup> ; tel est également le cas du droit d'accès à ses données personnelles<sup>1924</sup>.

Enfin, une telle assimilation partielle peut également simplement résulter non pas d'une absence de standard propre au droit des données personnelles, mais d'une volonté pédagogique de définir les enjeux pour la personne fichée du respect de ces standards. Tel est le cas dans la jurisprudence du Conseil d'État, qui n'assimile nullement les instruments relatifs aux données à ceux ayant pour objet la protection de la vie privée, mais qui ne s'interdit pas de souligner le rôle protecteur des premières à l'égard des secondes. Tel est ainsi le cas dans l'affaire *Sté HSBC Private Bank (Suisse)*, dans laquelle le Conseil d'État considère que « l'exercice, pour des motifs légitimes, d'un droit d'opposition à ce que des informations personnelles soient collectées au sein d'un traitement de données est au nombre des garanties de la protection de la vie privée »<sup>1925</sup>. Une démarche similaire a motivé cette même juridiction à adopter une vision syncrétique de l'ensemble des instruments relatifs aux traitements de données personnelles, à l'instar de sa décision *Association pour la promotion de l'image*. Dans cette dernière, après avoir rappelé les normes applicables à l'espèce (la CESDH, la contention internationale des droits de l'enfant et la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978), le juge en a déduit des principes communs assimilés à la protection de la vie privée, en considérant « qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collecte, la

1921 Comité des droits de l'homme, Observation générale n°16: Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et le droit d'être protégé contre les atteintes à l'honneur et à la réputation (art. 17), 8 avril 1988, §10: « Le rassemblement et la conservation, par des autorités publiques, des particuliers ou des organismes privés, de renseignements concernant la vie privée d'individus sur des ordinateurs, dans des banques de données et selon d'autres procédés, doivent être réglementés par la loi. L'État doit prendre des mesures efficaces afin d'assurer que ces renseignements ne tombent pas entre les mains de personnes non autorisées par la loi à les recevoir, les traiter et les exploiter, et ne soient jamais utilisés à des fins incompatibles avec le Pacte. Il serait souhaitable, pour assurer la protection la plus efficace de sa vie privée, que chaque individu ait le droit de déterminer, sous une forme intelligible, si des données personnelles le concernant et, dans l'affirmative, lesquelles, sont stockées dans des fichiers automatiques de données, et à quelles fins. Chaque individu doit également pouvoir déterminer les autorités publiques ou les particuliers ou les organismes privés qui ont ou peuvent avoir le contrôle des fichiers le concernant. Si ces fichiers contiennent des données personnelles incorrectes ou qui ont été recueillies ou traitées en violation des dispositions de la loi, chaque individu doit avoir le droit de réclamer leur rectification ou leur suppression ».

1922 Sur cette absence, ses raisons et sa compensation par le mécanisme des garanties légales d'exigence constitutionnelle, voir *infra*.

1923 Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, JORF du 7 décembre 2013 page 19955 (@ 6), considérant n° 28.

1924 Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, JORF du 18 mars 2014 page 5450, texte n° 2 (@ 2), considérant n° 57.

1925 CE, 24 août 2011, n° 336382, *Sté HSBC Private Bank (Suisse)*. Pour un exemple plus récent, reprenant mot pour mot la formule énoncée dans cette première décision, voir CE, 11 avril 2014, n° 352473, *Ligue des droits de l'homme*.

conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives, ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités »<sup>1926</sup>.

Dans tous ces cas, l'assimilation constitue une rareté. Tel n'est pas le cas dans la jurisprudence de la CEDH, qui révèle au contraire un processus systématique.

### *B/ Une assimilation fonctionnelle systématisée en droit du Conseil de l'Europe*

Cette assimilation peut être pleinement qualifiée de fonctionnelle en droit européen car elle résulte d'une compensation jurisprudentielle par la Cour de Strasbourg des carences de la CESDH. Elle se traduit par l'intégration de la Convention n°108 du Conseil de l'Europe<sup>1927</sup> au sein des normes de contrôle du juge de Strasbourg. Une telle intégration résulte tant de l'impuissance relative de cette convention à s'appliquer effectivement elle-même (1) que par le souci de rendre effectives les garanties de l'article 8 de la CESDH (2).

#### **1) La Convention n° 108 : un instrument peu effectif *per se***

La Convention n° 108 du Conseil de l'Europe présente le mérite d'être le premier instrument de droit positif relatif aux données personnelles en droit international. Mais son apport paraît relativement limité tant sur le fond que sur la forme des dispositions adoptées.

Cet apport est tout d'abord limité sur le plan de la substance des droits garantis par cette Convention, à tout le moins dans sa confrontation avec les normes du droit français. Cela se comprend dans la mesure où à la date de la signature de cette convention, la France pouvait être considérée comme en avance dans cette matière à raison de l'existence du régime particulièrement précis de la loi du 6 janvier 1978. Or, en 1981, la présence d'un tel dispositif au sein des divers pays signataires de cette convention était encore rare ou, à tout le moins, parcellaire<sup>1928</sup>. Prenant acte de cet état de fait, la Convention a été essentiellement conçue comme un texte d'impulsion à destination des législateurs nationaux défailants, ne les contraignant qu'à adopter *a minima* les « principes de base pour la protection des données »<sup>1929</sup> énumérés dans son texte. Dans ces conditions, les effets de cette convention dans l'ordre juridique interne français ne pouvaient être que modestes.

Dans un souci d'amélioration de ce texte et afin de dépasser ce rôle initial de standard minimum commun, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a progressivement adopté des recommandations visant à préciser l'application de la Convention n° 108 soit dans des domaines

1926 CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827, Rec. p. 505.

1927 Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Strasbourg, 28 janvier 1981.

1928 Ce dont prend acte le rapport explicatif annexé à la Convention, dont le point n° 3 constate que « Les systèmes juridiques des États membres ne sont pas entièrement dépourvus de règles tendant à cette fin. On y trouve par exemple des lois sur la vie privée, sur la responsabilité civile, sur le secret ou la confidentialité d'informations sensibles, etc. Toutefois, on manque de règles générales sur l'enregistrement et l'utilisation d'informations à caractère personnel et, en particulier, sur le point de savoir comment permettre aux individus d'exercer un contrôle sur les informations les concernant que d'autres rassemblent et utilisent ».

1929 Convention n° 108, intitulé du Chapitre II.

d'activité spécifiques<sup>1930</sup>, soit vis-à-vis d'évolutions technologiques particulières<sup>1931</sup>. Mais à l'exception de la recommandation (87) 15 du 17 septembre 1987 sur l'utilisation des données personnelles dans le secteur de la police qui, de l'avis de certains auteurs, est « progressivement devenue une norme de référence largement partagée »<sup>1932</sup>, ces recommandations ne présentent qu'un faible intérêt en terme de protection des données personnelles du fait de leur caractère non-contraignant.

L'amélioration décisive de la Convention n° 108 n'advient, sur le plan matériel, qu'avec l'adoption du Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 8 novembre 2001<sup>1933</sup>. Ce dernier, en ajoutant au texte original de la Convention la garantie d'une autorité de contrôle ainsi que celle d'un mécanisme encadrant les flux transfrontières de données, n'opère que tardivement une adaptation du droit des données personnelles aux problématiques suscitées par les NTIC.

Cet apport se révèle ensuite limité sur le plan strictement formel en ce que, premièrement, il n'existe pas d'autorité chargée d'une application homogène de cette convention au sein de tous les États signataires. Cette carence est rendue d'autant plus sensible que l'application effective des dispositions de cette convention implique l'adoption par le législateur interne d'un certain nombre de mesures. Ainsi, au sein de ce texte, « aucune structure juridique ne garantit l'interprétation uniforme de la Convention n°108 et la résolution d'éventuels conflits »<sup>1934</sup>. En soi, cette absence ne pose pas de problème majeur tant que l'objet de cette convention est de prescrire à ses États parties d'adopter une réglementation de base des traitements de données personnelles. *A contrario*, ce problème devient déjà beaucoup plus sensible lorsqu'il est envisagé de faire de ce texte un standard au sein d'une organisation internationale comportant plusieurs de ses signataires<sup>1935</sup>, *a fortiori* si ce standard demeure le seul acte non strictement régional à ce jour.

Mais la carence la plus criante du texte européen consiste dans le caractère fondamentalement contingent de ses effets au sein des ordres juridiques internes de ses États parties. Ainsi, dans l'ordre juridique français, la Convention n° 108 bénéficie *a priori* de la primauté sur les normes nationales infraconstitutionnelles que lui confère l'article 55 de la Constitution de 1958<sup>1936</sup>, sa

1930 Recommandation n° R (85) 20 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de marketing direct (25 octobre 1985); Recommandation n° R (86) 1 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de sécurité sociale; Recommandation n° R (87) 15 du 17 septembre 1987 visant à réglementer l'utilisation des données personnelles dans le secteur de la police; Recommandation n° R (91) 10 du 9 septembre 1991 sur la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics; Recommandation n° R (97) 18 du 30 septembre 1997 sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques; Recommandation n° R (2002) 9 du 18 septembre 2002 sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance.

1931 Recommandation n° R (97) 5 du 13 février 1987 sur la protection des données médicales ; Recommandation n° R (95) 4 du 7 février 1995 sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications, eu égard notamment aux services téléphoniques; Recommandation n° R (99) 5 du 23 février 1999 sur la protection de la vie privée sur Internet.

1932 COUDRAY Ludovic, *op. cit.*, p. 45.

1933 Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, STE n° 181, signé le 8 novembre 2001, en vigueur depuis le 1er juillet 2004.

1934 MEYER-HEINE Anne, « Droit constitutionnel et droit communautaire – le droit constitutionnel français, instrument de remise en cause de la proposition de directive communautaire relative à « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel » », *Chronique, RFDC*, 1995, n° 23, p. 638.

1935 Voir *infra*, section 2.

1936 Il convient de noter qu'en raison du caractère objectif des droits énoncés dans cette Convention, la condition de

ratification et sa publication étant régulières<sup>1937</sup>.

Dans les faits, il faudra attendre 1989 et l'arrêt *Nicolo* du Conseil d'État pour que cette primauté soit sanctionnée en droit français dans les deux ordres juridictionnels judiciaires et administratifs et ce tant à l'égard des lois et normes infra-législatives antérieures que postérieures au traité<sup>1938</sup>. L'absolue primauté de la Convention n° 108 sur les normes françaises infraconstitutionnelles a donc été différée de manière non négligeable par rapport à sa date de ratification.

En outre, la Convention n° 108 présentait également l'inconvénient d'être dénuée d'effet direct<sup>1939</sup>. Le rapport explicatif joint à cette convention confirme à cet égard que « la Convention n'a pas été conçue comme *self executing* et par conséquent les droits des individus ne peuvent découler directement d'elle »<sup>1940</sup>. Dans ces conditions, la portée de cette norme en tant qu'instrument de réglementation des traitements de données personnelles paraissait bien compromise, ses bénéficiaires ne pouvant invoquer directement ses dispositions mais seulement les mesures nationales en opérant la traduction. Or, dans l'ordre interne français, les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 en constituaient une transposition à la fois antérieure et considérablement plus précise, achevant de réduire ainsi le recours aux dispositions de cette convention.

Cette absence d'effet direct a été explicitement compensée par le Conseil d'État dans son arrêt *Licra* du 18 novembre 1992<sup>1941</sup> où, appelé à statuer sur la légalité de deux actes réglementaires autorisant notamment le fichage de données sensibles par les Renseignements généraux à des fins de prévention du terrorisme<sup>1942</sup>, il a accepté pour la première fois d'apprécier la conformité de la

réciprocité contenue dans l'article 55 de la Constitution ne peut s'appliquer à l'égard de cette Convention. Voir à cet égard SUDRE Frédéric, *Jurisque Europe Traité*, cote 05,2007, Fasc. 6500: CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME – Caractères généraux. Dans son §13, l'auteur justifie ainsi l'objectivité des dispositions internationales relatives aux droits fondamentaux: « Les droits de l'homme renvoient à l'identité universelle de la personne humaine et sont fondés sur le principe de l'égalité de tous les êtres humains. Affirmer leur caractère objectif c'est signifier que ces droits ne sont pas attribués aux individus par le biais d'un statut juridique particulier révocable mais qu'ils sont attachés par principe à la seule qualité de personne humaine (ou, dans certains cas, à l'appartenance à un groupe défini) ». Dans son §15, il en rappelle les effets: « La non-réciprocité est le signe distinctif des textes conventionnels protecteurs des droits de l'homme. À la différence d'un traité multilatéral classique qui impose des obligations aux États dans leurs relations mutuelles, le traité international de protection des droits de l'homme impose des obligations aux États à l'égard des individus. La jouissance des droits de l'homme ne saurait être subordonnée au respect de la réciprocité des obligations contractées par les États les uns envers les autres. Selon la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, la violation, même substantielle, par un État partie à une convention de droits de l'homme de "dispositions relatives à la protection de la personne humaine" n'autorise pas les autres parties contractantes à mettre fin au traité ou à en suspendre l'application (art. 60, § 5). La Convention européenne des droits de l'homme ignore donc le principe de réciprocité ». Il convient également de remarquer que cette position a été implicitement mais nécessairement été confirmée par le Conseil constitutionnel qui a pareillement conclu à ce que la réserve de réciprocité de l'article 55 était inapplicable au traité portant statut de la Cour pénale internationale en raison de l'objet même de ce traité, qui est "de protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées" (Cons. const., déc. n° 98-408 DC, 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*).

1937 La Convention a fait l'objet d'une publication par le décret n° 85-1203 du 16 novembre 1985, JO 20 novembre 1985, p. 13436.

1938 CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, Rec. p. 190.

1939 En effet, au terme de son article 4.1: « Chaque Partie prend, dans son droit interne, les mesures nécessaires pour donner effet aux principes de base pour la protection des données énoncés dans le présent chapitre ».

1940 Rapport explicatif de la Convention 108, § 38 et 50.

1941 CE, sec., 18 novembre 1992, *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres*, req. n° 115367, 115397, 115881, 115884, 115886, 115906 à 115912 et 116455.

1942 Plus précisément, il s'agissait du décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers automatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des Renseignements généraux des

loi de 1978 à cette Convention<sup>1943</sup>. Mais surtout -et c'est là son réel intérêt-, il a en application de Sa jurisprudence *GISTI* issue de l'arrêt d'assemblée du 29 juin 1990<sup>1944</sup>, estimé possible son interprétation directe. Dès lors, surmontant l'article 4 de la Convention n° 108<sup>1945</sup>, le CE a considéré que ses dispositions bénéficiaient de l'effet direct même en l'absence de norme interne de transposition.

Il ressort de ces considérations qu'en tant que telle, la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe relative aux données personnelles se trouve limitée par l'intention de ses auteurs de demeurer un premier standard minimum international en la matière. Si son rôle direct dans la réglementation de l'utilisation et de la protection des données personnelles paraît ainsi fortement limité, son rôle indirect en tant que source d'inspiration de la CEDH connaît, lui, une toute autre ampleur.

## 2) Des carences compensées par l'intégration de la Convention n° 108 au sein des normes de contrôle de la CEDH

Dans un premier temps, la CEDH n'a pas eu besoin d'enrichir ses normes de contrôle pour assurer la protection des données personnelles par le biais de sa jurisprudence. En effet, les premières espèces qui lui ont été soumises sur ce sujet pouvaient être résolues par la seule utilisation et interprétation de l'article 8 dans la mesure où ces affaires portaient sur des données sensibles recoupant exactement la notion soit de secret de la vie privée, soit de liberté de la vie privée<sup>1946</sup>. Mais progressivement, en raison de la généralisation de l'usage des traitements de données personnelles, les affaires qui lui ont été soumises dans le courant des années 1990 et dans lesquelles était alléguée une violation de l'article 8 en raison d'un traitement de données personnelles ont dépassé le cadre de la vie privée *stricto et lato sensu*. Dès lors, le seul recours à l'article 8 ainsi qu'aux jurisprudences antérieures l'interprétant ne suffisait plus pour fonder un contrôle aussi approfondi.

Or, une des spécificités de la CEDH, plus particulièrement de ses méthodes interprétatives, est de privilégier une logique plus téléologique que formelle dans la lecture et l'application du droit dont elle a vocation à garantir l'effectivité. La Cour rappelle d'ailleurs elle-même à l'envie qu'elle a pour but de protéger « des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs »<sup>1947</sup>. Ce souci du fond sur la forme l'a conduite à développer une méthode d'interprétation globalement qualifiée de « dynamique », la conduisant à déduire des dispositions de la CEDH des droits « inhérents » au respect de ceux textuellement garantis<sup>1948</sup>. En accord avec cette démarche générale, la Cour a su transformer un fondement partiel de la protection des données

dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO 15 octobre 1991, p. 13498, et du décret n° 91-1052 du 14 octobre 1991 relatif au fichier informatisé du terrorisme mis en œuvre par les Renseignements généraux du ministère de l'Intérieur, JO 15 octobre 1991, p. 13499.

1943 CE, sect., 18 novembre 1992, *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres*, n° 115367, 115397, 115881, 115886, 115905 à 115912 et 116455,, Note LETTERON Roseline, *AJDA*, 20 mars 1993, p. 215.

1944 CE Ass. 29 juin 1990, *Gisti*, *AJDA* 1990, p. 621, concl. Abraham et note Teboul.

1945 Pourtant dépourvu de toute ambiguïté à ce sujet: « Chaque Partie prend, dans son droit interne, les mesures nécessaires pour donner effet aux principes de base pour la protection des données énoncés dans le présent chapitre ».

1946 Voir *supra*, section 1.

1947 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32., §24.

1948 Sur la question générale du dynamisme interprétatif de la CEDH, voir notamment SUDRE Frédéric, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP – La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 28, 11 juillet 2001, I 335, pp. 1365-1368.

personnelles, basé sur l'article 8 de la CESDH, en un instrument complet de protection des données personnelles par sa combinaison avec la Convention n° 108.

La raison de cette absorption réside dans la dépendance clairement reconnue de l'effectivité du droit au respect de la vie privée à l'égard d'une protection effective des données personnelles. Ainsi, la Cour affirme clairement que « la protection des données à caractère personnel [...] revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la convention »<sup>1949</sup>. Cela justifie pour la Cour d'inclure la protection des données personnelles comme garantie inhérente au respect de la vie privée, quand bien même le champ couvert par le droit des données personnelles serait plus large que celui initialement couvert par la protection de la vie privée. Une telle inclusion, conforme aux canons du droit international public passe par l'absorption au titre de ses normes de contrôle des premiers fondements directs de la protection des données personnelles en droit international: la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et la directive 95/46 du 24 octobre 1995.

Non seulement cette assimilation est conforme *a priori* à la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais encore la Cour de Strasbourg semble avoir systématisé le recours à une telle méthode pour accroître l'effectivité de sa protection .

Dans le cadre de sa compétence d'interprétation et d'application de la CESDH et de ses Protocoles, la CEDH utilise des normes de contrôle distinctes de ces seules dispositions textuelles. Elle a ainsi d'abord introduit comme normes de référence de son contrôle sa propre jurisprudence mais, dans la mesure où elle était limitée à l'interprétation du texte initial, cela ne sortait pas du cadre normalement admis d'une pratique juridictionnelle communément répandue. Mais elle a également introduit dans son éventail de normes de références des instruments étrangers à ceux pour laquelle elle était formellement et tacitement compétente. Le domaine de la protection des données personnelles en est un parfait exemple, dans la mesure où la Cour de Strasbourg interprète l'article 8 de la CESDH « à la lumière de la Convention n° 108 ». Cela a deux conséquences: un accroissement de la portée matérielle de la Convention 108 en tant qu'elle est intégrée à un instrument plus influent et un accroissement de sa portée formelle dans la mesure où cette Convention acquiert, par sa réception dans les normes de référence de la CEDH, un effet direct qu'elle pouvait ne pas avoir dans tous les États membres du Conseil de l'Europe<sup>1950</sup>.

Une telle méthode ne constitue pas en soi une nouveauté pour la Cour de Strasbourg, qui s'est très tôt reconnue compétente pour interpréter les espèces soumises à son examen à l'aune de normes internationales extérieures à la CESDH. Ainsi, dès 1975, elle entend utiliser les méthodes interprétatives proposées par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités<sup>1951</sup>. Une telle interprétation trouve son fondement tant dans le texte même de la

1949 CEDH, 27 août 1997, *M. S. c/ Suède*, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV, §41. Un peu plus tôt cette même année, la Cour évoquait le « rôle fondamental » joué par le droit de la protection des données personnelles pour assurer le respect de la vie privée, dans son arrêt précité *Z. c/ Finlande*. Cette formulation a encore récemment été rappelée dans CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, précité, §103.

1950 Le cas français faisant l'objet de développements spécifiques *infra*.

1951 CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume Uni*, série A n° 18, §29:« Les thèses présentées à la Cour ont porté d'abord sur la méthode à suivre pour l'interprétation de la Convention et en particulier de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). La Cour est disposée à considérer, avec le gouvernement et la Commission, qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru. A ce titre, ils entrent en ligne de compte pour l'interprétation de la Convention européenne sous réserve, le cas échéant, de "toute règle pertinente de l'organisation" au sein de laquelle elle a

CESDH que dans le droit conventionnel des traités. Ainsi, d'une part, la disposition conventionnelle qui délimite sa compétence lui offre également la possibilité d'y déroger de manière discrétionnaire dans la mesure où, en cas de doute sur sa compétence, elle dispose du dernier mot<sup>1952</sup>. D'autre part, la Convention de Vienne du 23 mai 1969<sup>1953</sup> dispose dans son article 31,3,c que pour l'interprétation des traités: « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». La combinaison de ces deux articles permet à la CEDH de tenir compte des accords internationaux pertinents liant les États parties concernés à l'occasion d'une affaire contentieuse. En effet, les États signataires de cette Convention sont également membres du Conseil de l'Europe. Il en résulte que la CEDH est juridiquement fondée à enrichir ses normes de référence. Une telle attitude est d'ailleurs de plus en plus courante, le juge européen opérant fréquemment de tels renvois, étant désormais « de plus en plus enclin à sacrifier à la méthodologie du droit international comparé des droits de l'homme »<sup>1954</sup>. Le recours à une telle méthode a d'ailleurs été explicitement systématisé par la CEDH dans sa décision *Demir et Baykara* rendue le 12 novembre 2008, dans laquelle elle a été « sommée de justifier la pratique largement silencieuse qui l'avait conduite, à rythme soutenu depuis quelques années, à enrichir son interprétation conventionnelle de références à des textes aux provenances et statuts juridiques les plus divers »<sup>1955</sup>.

Une telle démarche participe d'une entreprise de mobilisation de « toutes les sources internationales externes disponibles, au service d'une interprétation évolutive de la Convention destinée à assurer l'effectivité des droits garantis »<sup>1956</sup>. Ainsi, dans le souci de protéger des droits « non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs », la Cour s'autorise à choisir au sein des normes internationales celles qui lui paraîtront éclairer le mieux l'affaire qui lui est présentée, y compris en recourant à des instruments internationaux non signés par une des parties au procès. Le recours à des instruments non ratifiés par l'une des parties n'étant justifié que dès lors que ces instruments sont représentatifs d'une convergence des ordres juridiques nationaux, telle que l'envisage la méthode de l'interprétation consensuelle<sup>1957</sup>.

été adoptée, le Conseil de l'Europe (article 5 de la Convention de Vienne) ». Sur cette question, voir PETITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, 1999, pp. 46-47.

1952 La CESDH dispose, dans son article 32 intitulé « Compétence de la Cour »: « 1 La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47. 2 En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ».

1953 Convention de Vienne du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

1954 FLAUSS Jean-François, « Le droit du conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, 2002, p. 48.

1955 VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites, note sous CEDH, grande chambre, *Demir et Baykara c/ Turquie*, 12 novembre 2008 », *RTDH*, 2009, n° 79, p. 812. Cette systématisation est particulièrement pédagogique de par son caractère méticuleux: pas moins de 21 paragraphes successifs lui sont consacrés dans l'arrêt CEDH, gr. ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97, CEDH 2008, du §65 au §86 inclus.

1956 COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2008 ) », *AFDI*, 2008, p. 530.

1957 CEDH, gr. ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, précité, § 86: « il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes (*mutatis mutandis*, *Marckx*, précité, § 41) ».

La matière du droit des données personnelles n'est pas restée à l'écart de cette démarche de « cosmopolitisme normatif » qui est le propre aujourd'hui de l'ensemble des acteurs qui élabore et interprète le droit, notamment international »<sup>1958</sup>. Cela s'est traduit de manière avérée par la référence directe à la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe relative à la protection des données personnelles ainsi qu'aux recommandations du Conseil en précisant certains aspects. Pour un auteur, cela se traduit également par une hypothèse, celle de la référence potentielle au droit communautaire des données personnelles.

L'intégration de la Convention n° 108 au sein des normes d'interprétation de la CEDH est amorcée, de manière discrète, dans l'arrêt *Z. contre Finlande* du 25 février 1997. Cette discrétion se caractérise par la référence à certaines dispositions de la Convention n°108 sans que pour autant, la Cour donne l'impression de fonder directement son contrôle sur elle<sup>1959</sup>. Tel n'est plus le cas trois ans plus tard, dans l'arrêt *Amman c. Suisse* rendu le 16 février 2000<sup>1960</sup>. Dans le paragraphe 65 de cet arrêt, la Cour procède en trois étapes pour étendre ses normes de références. Elle rappelle d'abord le principe de l'application des dispositions de l'article 8 de la CEDH au domaine de la protection des données personnelles<sup>1961</sup>, puis souligne que « le terme « vie privée » ne doit pas être interprété de façon restrictive. En particulier, le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de « vie privée » ». Enfin, dans le dernier alinéa de ce paragraphe, elle innove en estimant que «cette interprétation extensive concorde avec celle de la Convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1985, dont le but est « de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique (...) le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant » (article 1), ces dernières étant définies comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (article 2) ». Ce faisant, la Cour opère, de manière implicite, un élargissement des normes de référence fondant l'étendue de son contrôle en interprétant les dispositions forcément lacunaires de la CEDH à la lumière de celles, forcément plus détaillées en matière de données personnelles, de la Convention n° 108.

Le professeur De Schutter, commentant l'arrêt *Rotaru* précité, a émis l'hypothèse selon laquelle les instruments communautaires relatifs aux données pourraient être intégrés au sein des normes d'interprétation de la CEDH. Dans cet arrêt, la Cour étend son contrôle au titre de l'article 8 de la CEDH aux données ne relevant pas par nature de la vie privée et, de ce fait, relevant

1958 BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUE*, Dalloz, 2010, p. 148.

1959 CEDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, précité, § 95: « La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention (art. 8) (voir, mutatis mutandis, les articles 3 par. 2 c), 5, 6 et 9 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Série des Traités européens n° 108, Strasbourg, 1981) ».

1960 CEDH, gr. ch., 16 février 2000, *Amann c/ Suisse*, précité.

1961 *Ibid.*, §65: « La Cour rappelle que la mémorisation de données relatives à la « vie privée » d'un individu entre dans le champ d'application de l'article 8 § 1 (arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 22, § 48) ».

spécifiquement de la protection des données personnelles<sup>1962</sup>. Ce faisant, il estime que la Cour « se donne le moyen de contrôler non seulement le respect de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, mais également – chaque fois par la médiation de l'article 8 de la Convention – celui de la directive 95/46 du 24 octobre 1995, qui, pour les États membres de l'Union européenne, prolonge la Convention de 1981 »<sup>1963</sup>. Une telle prolongation est volontaire de la part du législateur communautaire, comme l'indique explicitement le considérant n°11 de cette directive<sup>1964</sup>. L'Union Européenne aurait pour ainsi dire présenté dans ce considérant une invitation déguisée à la Cour de Strasbourg afin qu'elle étende non seulement son contrôle à l'égard des actes communautaires ou appliquant des textes communautaires, mais encore le champ de ses normes de contrôle à cette directive communautaire précise.

Dès lors, dans la mesure où la Cour de Strasbourg a déjà considéré qu'elle pouvait interpréter les dispositions de la CESDH à l'aune d'un instrument plus précis, à savoir la Convention n° 108, l'hypothèse est envisageable qu'elle puisse étendre cette recherche d'un instrument de protection adéquat à la directive 95/46/ qui « précise et amplifie » les dispositions de la Convention du 28 janvier 1981. Une telle hypothèse, non confirmée à ce jour par la Cour, aurait pour fondement la volonté d'assurer une interprétation uniforme de ces dispositions au sein des pays membres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne en matière de protection des données: « on voit quel est, au bout, l'enjeu: à travers cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme affirme sa maîtrise sur la protection des droits de l'homme en Europe, sans reculer face au risque de conflits d'interprétation, à l'avenir, soit avec le Comité consultatif institué par la Convention n° 108 du 28 janvier 1981, soit -surtout- avec la Cour de justice des Communautés européennes, qui doit assurer une interprétation uniforme de la directive 95/46/CE pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne »<sup>1965</sup>.

1962 Pour les faits de l'espèce, voir *supra*. Cette décision aboutit à considérer qu'emporte atteinte à la protection de la vie privée un traitement systématique de données personnelles non significatives en elles mêmes, mais dont la compilation et l'analyse sont susceptibles de produire des informations révélant la vie privée de la personne. L'utilité initiale d'une telle attraction dans la sphère de l'article 8 est de protéger l'individu contre les pratiques de fichage systématique telles qu'elles peuvent avoir lieu dans un régime totalitaire, ce qui était le cas du requérant, fiché par le régime de Ceaucescu. Avec le développement du modèle économique du « *Big data* », qui transpose à des fins privées la même méthode de fichage systématique d'un ensemble le plus vaste possible de données personnelles, cette jurisprudence paraît promise à un bel avenir. Sur ce nouveau modèle économique et ses implications en matière de droit des données personnelles, voir BENSAMOUN Alexandra et ZOLYNSKI Célia, « *Big data* et *privacy*: comment concilier nouveaux modèles d'affaires et droits des utilisateurs ? », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, pp. 8-12, sp. p. 9 : « Les *big data* présentent un intérêt déterminant pour les acteurs du secteur dans la mesure où il est désormais possible de fusionner toutes leurs données pour en tirer le maximum d'informations.

D'un point de vue technique, les *big data* permettent de « faire parler » de très grandes quantités de données en dépassant les contraintes techniques qui rendent cet échange difficile, sinon impossible, lorsque ces données sont issues de plusieurs sources et/ou structurées de façons différentes. Sur le plan cognitif, les *big data* donnent du sens à la donnée. Elle se fonde sur une logique prédictive qui repose sur l'analyse des grandes masses de données. Le « déluge de data » analysées est ainsi transformé en information, voire en outil de décision, ce qui explique que certains comparent les *big data* à une « raffinerie » transformant le pétrole que sont les données en « carburant » pour alimenter différents secteurs d'activités ».

1963 DE SCHUTTER Olivier, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel, note sous CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie* », *RTDH*, 2001, p. 181.

1964 Directive 95/46, considérant n° 11: « considérant que les principes de la protection des droits et des libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenus dans la présente directive précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ».

1965 DE SCHUTTER Olivier, *op. cit.*, p. 181.

Mais dans ce cas précis, l'absorption hypothétique de la directive 95/46 dans les normes fondant le contrôle de la Cour de Strasbourg ne saurait être unilatérale, à la seule initiative de la CEDH. Elle implique un dialogue des juges et des législateurs en matière de protection des droits fondamentaux, et donc un mouvement de convergence pacifique plutôt qu'une éventuelle concurrence agressive. Ce faisant, la Cour acceptant désormais de contrôler les espèces qui lui sont soumises en matière de protection des données personnelles à l'aune d'instruments spécifiques à cette matière en les rattachant à l'article 8 de la CESDH, son interprétation de la notion de vie privée, élargie par ces instruments, ne connaît plus de limites réelles, au risque de faire éclater une notion déjà passablement distendue. A titre d'exemple, elle a ainsi récemment conclu à une violation de l'article 8 de la CESDH au motif d'une durée de conservation excessive de données au sein du fichier français STIC précité, alors qu'un tel motif ressort expressément des concepts spécifiques au droit des données personnelles<sup>1966</sup>.

En revanche, l'utilisation par la CEDH de normes communautaires de droit primaire n'a pas été encore réalisée, et risque de l'être assez peu dans le futur. En effet, autant la référence à des normes de droit communautaire dérivé peut se concevoir en raison de leur caractère extrêmement détaillé, autant la référence aux instruments de droit communautaire primaire relatifs aux données personnelles paraît improbable en raison de leur généralité, et ce notamment au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. En effet, la Cour de Strasbourg n'a jusqu'à présent montré d'intérêt dans l'intégration des dispositions de cette Charte au sein de ses normes de contrôle qu'en tant que ces dispositions comporteraient une plus-value par rapport au droit européen. Un tel exemple de plus-value possible résultant de l'interprétation du droit européen à l'aune des normes du droit communautaire est visible en matière de mariage entre personnes du même sexe. En effet, l'article 9 de la Charte permet *a priori*, de par sa formulation très générale, de garantir un droit au mariage plus étendu que celui garanti dans la CESDH<sup>1967</sup>. Offrant ainsi une plus-value en terme de protection des droits fondamentaux, cette disposition du droit communautaire primaire a ainsi pu être utilisée comme norme d'interprétation des dispositions spécifiquement européenne<sup>1968</sup>.

Pour autant, l'utilisation par la CEDH de dispositions de la Charte en la matière apparaît incertaine dans l'avenir. En effet, ces dispositions relatives au droit des données personnelles n'apportent, pour la seule CEDH<sup>1969</sup>, guère de précision ou d'amélioration à celles du droit dérivé et, mise à part la consécration d'un droit fondamental à la protection des données personnelles par lequel la Charte exprime à la fois sa modernité et l'insuffisance des autres droits à assurer la protection des données personnelles, ces dispositions de l'article 8 de la Charte ne permettent que de préciser le droit primaire existant relatif aux données personnelles<sup>1970</sup>.

1966 CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*, n° 21010/10, §§ 43-45.

1967 Ainsi, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose que: « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice », alors que l'article 12 de la CESDH laisse à voir une formulation plus limitée ne permettant pas d'inclure dans ce droit l'union de deux personnes du même sexe: « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

1968 CEDH, gr. ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, CEDH 2002-VI, §100 ; CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010, §§ 60-61.

1969 L'apport de cette Charte en matière de protection des données personnelles n'apprécie pas de la même façon selon que l'on envisage les usages que peut en faire la Cour de Strasbourg de ceux de la CJUE. Pour cette dernière, la Charte constitue un réel apport non pas en termes de garanties supplémentaires apportées à la personne fichée, mais en terme d'effectivité de celles déjà existantes : voir *infra*, titre 2, chapitre 1.

1970 Ainsi, l'article 39 du TUE dispose-t-il: « Conformément à l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et par dérogation à son paragraphe 2, le Conseil adopte une décision fixant les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du présent chapitre, et à la libre

## **§2 - Une assimilation stratégique du droit des données personnelles au droit à la vie privée en droit de l'UE**

Cette assimilation peut être qualifiée de stratégique en droit de l'UE car, en dépit de l'existence d'instruments consacrant de manière distincte d'une part le droit des données personnelles, d'autre part le droit à la vie privée, la CJUE a pu trouver un intérêt stratégique à procéder à une telle assimilation. Seule une telle démarche peut justifier l'apparente discordance existant entre, d'une part, une consécration textuelle affirmant clairement l'autonomie du droit des données personnelles par rapport au droit au respect de la vie privée (A) et, d'autre part, une consécration jurisprudentielle poussant à l'assimilation (B).

### *A/ Une affirmation textuelle de l'autonomie de ces deux droits*

Les instruments juridiques adoptés par l'UE en la matière ne comportent aucune ambiguïté à ce sujet: le fondement du droit des données personnelles était distinct des fondements du droit au respect de la vie privée avant que ne soient consacrés des instruments spécifiques à l'Union (1). Cette autonomie est largement confirmée par la profusion des instruments de droit dérivé adoptés en la matière depuis ainsi que par son inscription plus récente dans le droit primaire (2).

#### **1) Une affirmation précoce caractérisée par l'utilisation de normes externes spécifiques**

Certains domaines sensibles de politiques alors partiellement communautarisées ont très tôt requis une protection des données personnelles effective. Or, au début des années 1990, le droit au respect de la vie privée, qu'il soit issu de l'article 8 de la CESDH tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ou qu'il soit issu des principes généraux du droit communautaire, avait un champ d'application trop réduit pour jouer ce rôle. Ce constat imposait de recourir à un fondement distinct du droit au respect de la vie privée. Dans les domaines sensibles qui allaient pour l'essentiel faire partie du pilier Justice et Affaires Intérieures, l'urgence commandait d'adopter rapidement un fondement spécifique au droit des données personnelles et présentant des garanties aptes à assurer une protection effective des droits fondamentaux des personnes physiques dans un contexte de généralisation de l'usage des NTIC. Ce double objectif de recherche d'un fondement spécifique et d'un niveau de garantie adapté à cette dernière évolution technologique a conduit les autorités communautaires, ainsi que les États parties à des traités internationaux par la suite communautarisés, à adopter une démarche pragmatique en deux temps.

circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes »; l'article 16 du TFUE énonce de manière tout aussi platonique que: « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États 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. Les règles adoptées sur la base du présent article sont sans préjudice des règles spécifiques prévues à l'article 39 du traité sur l'Union européenne ».

En premier lieu, à partir du début des années 1990, un standard international effectif en matière de données personnelles a été recherché. Par élimination, le choix s'est finalement porté sur la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe. En effet, en compétition avec les *lignes directrices* édictées par l'OCDE en 1980 ainsi qu'avec la résolution 45/95 de l'ONU du 14 décembre 1990, la Convention n°108 du Conseil de l'Europe s'est imposée pour deux raisons: il s'agit du seul instrument international qui ne relevait pas de la *soft law* d'une part et, d'autre part, la grande majorité des États membres des Communautés européennes ou parties à des conventions communautarisées par la suite y avaient tous adhéré. L'adoption de cette norme comme standard ne s'est toutefois pas traduite par une adhésion de la Communauté à cet instrument international, mais par l'insertion de renvois au sein des premiers instruments relatifs aux données personnelles adoptés dans le domaine de la Justice et des Affaires Intérieures. Ces instruments spécifiques prescrivaient ainsi que leurs destinataires devaient tous assurer, dans le cadre de l'acte ou de l'accord international considéré, « un niveau de protection des données correspondant au moins à celui qui résulte de l'application des principes de la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 »<sup>1971</sup>.

Dans un deuxième temps, ce standard exogène a été hissé à un degré d'effectivité adéquat par la correction de ses carences tant institutionnelles que matérielles. D'un point de vue institutionnel, la Convention n° 108 ne pouvait à l'époque constituer à elle-seule un substitut satisfaisant à un instrument communautaire relatif aux données personnelles à la fois parce que l'intégralité des États membres de la Communauté ne l'avaient pas encore ratifiée<sup>1972</sup> et parce que d'un point de vue matériel, si elle comportait un ensemble de garanties tant subjectives qu'objectives qui devaient assurer une réelle effectivité du droit des données personnelles, elle restait muette à l'époque sur la garantie que constitue la présence d'une autorité de contrôle et sur un mécanisme d'encadrement des flux transfrontières, nécessaires depuis. Or, plutôt que d'opérer un second renvoi à la résolution 45/95 de l'ONU du 14 décembre 1990 qui, en droit international, était la seule à traiter cette problématique à l'époque<sup>1973</sup>, les institutions communautaires ont complété les dispositions de la Convention 108 à laquelle elles ont renvoyé directement et/ou qu'elles ont intégrées en instaurant directement ces garanties institutionnelles.

Cette démarche d'emprunt et de panachage de normes externes trouve un aboutissement particulièrement représentatif dans la convention d'application de l'accord de Schengen relatif à la

1971 Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 – 0062, article 117 ; Convention du 26 juillet 1995 sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de Police (Convention Europol), JOCE 1995 C.316, article 14 ; ACTE DU CONSEIL du 26 juillet 1995 établissant la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes (95/C 316/02), JO n° C 316 du 27/11/1995 p. 33, dans le corps du préambule ainsi qu'à l'article 13 ; Décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), Journal officiel n° L 121 du 15/05/2009 p. 0037 – 0066, point n° 11 du préambule.

1972 C'était alors le cas pour la Belgique, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas et le Portugal.

1973 Résolution 45/95 de l'ONU du 14 décembre 1990, article 8: « Chaque législation devrait désigner l'autorité qui, en conformité avec le système juridique interne, est chargée de contrôler le respect des principes précités. Cette autorité devrait présenter des garanties d'impartialité, d'indépendance à l'égard des personnes ou organismes responsables des traitements et de leur mise en œuvre, et de compétence technique. En cas de violation des dispositions de la loi interne mettant en œuvre les principes précités, des sanctions pénales ou autres devraient être prévues ainsi que des recours individuels appropriés ».

suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (convention de Schengen)<sup>1974</sup>, la convention portant création d'un office européen de police (convention Europol)<sup>1975</sup>, la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes<sup>1976</sup> et la décision du Conseil instituant Eurojust<sup>1977</sup>. En effet, dans ces quatre instruments, le degré général de protection des données personnelles est aligné sur le standard de la Convention n°108 et corrigé par l'adjonction de dispositions relatives aux autorités de contrôle communes et nationales.

Dans d'autres domaines des politiques de l'UE, le besoin s'est fait sentir d'adopter des instruments relatifs aux données personnelles spécifiques à cet ordre juridique. Ces instruments s'inspirent explicitement de la Convention n°108 mais ont pour vocation d'en préciser le contenu<sup>1978</sup>. Ce sont ces derniers qui constituent, via les actes de transpositions nationaux, l'essentiel du droit applicable dans notre ordre interne encore aujourd'hui.

## 2) Une autonomie confirmée par le droit de l'UE

L'inexistence en droit de l'Union d'un instrument global dédié aux données personnelles, à l'instar du droit interne, a longtemps conduit à une certaine confusion en raison de la profusion des instruments sectoriels adoptés depuis le début des années 1990. Une telle profusion a nui à la lisibilité du droit européen des données personnelles, littéralement pulvérisé en un ensemble d'instruments *ad hoc* déterminés en fonction de la politique communautaire concernée ou même en fonction du destinataire de cette norme. Cette pulvérisation est née de la volonté d'appliquer spécifiquement le droit des données personnelles à des problématiques distinctes nécessitant des adaptations ou des précisions à raison de la particularité du domaine considéré, que cela soit dans le cadre de la réalisation du Marché intérieur ou dans celui de l'Espace de Liberté, de Sécurité et Justice (ci-après ELSJ).

Dans le cadre de la réalisation du Marché intérieur, une telle autonomie à l'égard du droit au respect de la vie privée a été systématiquement consacrée, et ce tant dans une optique générale d'élimination des entraves au Marché intérieur que de manière spécifique aux communications électroniques. Pour des raisons explicitées *infra*, le droit des données personnelles a d'abord fait l'objet d'une consécration distincte dans le cadre général de la réalisation du Marché intérieur au sein de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995<sup>1979</sup>. Ce rattachement à l'ex-premier pilier des politiques communautaires qui se fonde sur l'ancien article 95 du Traité de Rome s'explique par la

1974 Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 – 0062, articles 114 et 115.

1975 Convention du 26 juillet 1995 sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de Police (Convention Europol), JOCE 1995 C.316, articles 23 et 24.

1976 Acte du conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes (95/C 316/02), JO n° C 316 du 27/11/1995 p. 33, articles 17 et 18.

1977 Décision n° 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, JOCE L 63 du 6 mars 2002, p. 1–13.

1978 Voir notamment le considérant n° 11 du préambule de la directive 95/46 du 24 octobre 1995, qui énonce que : « considérant que les principes de la protection des droits et des libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenus dans la présente directive précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ».

1979 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31–50 .

volonté d'éliminer les distorsions pouvant survenir, tant en terme de libre circulation des échanges qu'en matière de libre concurrence, du fait des disparités existant au sein des États membres en matière de réglementation de l'usage et de la protection des données personnelles. Dans le cadre plus spécifique des communications électroniques, l'intervention de l'UE s'est traduite à titre principal<sup>1980</sup> par l'adoption d'une directive sectorielle propre à l'ensemble du domaine des communications électroniques, la directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications<sup>1981</sup>. En raison de l'obsolescence des prémices technologiques sur lesquels elle était fondée, cette directive a été remplacée par la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques<sup>1982</sup> afin de mieux « garantir la protection des données personnelles et de la vie privée » en s'adaptant à l'« évolution des marchés et des technologies de services de communications électroniques »<sup>1983</sup>. Cet instrument, dans ses deux versions successives, se fonde expressément sur la directive du 24 octobre 1995, qui reste applicable aux aspects qui n'entrent pas dans le cadre de la protection assurée par cette directive<sup>1984</sup>. A l'instar de la directive de 1995, l'objectif est donc d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur tout en garantissant un niveau élevé et harmonisé de protection des données personnelles<sup>1985</sup>.

Au sein de l'ex-troisième pilier de l'UE, la recherche d'un « haut niveau de sécurité » découlait logiquement de la création d'un espace sans frontières internes dans lequel se trouvait garantie la libre circulation des échanges, des moyens de production et des personnes physiques. En effet, la suppression des frontières intérieures de l'UE commandée par la réalisation des libertés économiques communautaires a entraîné la disparition des garanties en terme de sécurité représentées par les contrôles systématiques aux frontières. La disparition physique de ces garanties a entraîné la nécessité pour l'UE de prévoir des « mesures compensatoires qui tiennent en un développement poussé de la coopération judiciaire, douanière et policière »<sup>1986</sup>. A titre principal, ces contre mesures se traduisent par l'accroissement de l'échange d'informations entre

1980 A titre subsidiaire, une autre directive relative au commerce électronique reprend également les principes de la directive 95/46/CE en matière de protection des données personnelles: la Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 relative aux signatures électroniques, JOCE du 19 janvier 2000, L 13/12. directive 1999/93/CE. Son article 8 §1 dispose ainsi que «Les États membres veillent à ce que les prestataires de service de certification et les organismes nationaux responsables de l'accréditation ou du contrôle satisfassent aux exigences prévues par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ».

1981 Directive 97/66/CE du 15 décembre 1997, JOCE du 30 janvier 1998, n°L 24 p.1.

1982 Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002, JOCE du 31 juillet 2002, n° L 202/37.

1983 Directive 2002/58/CE précitée, considérant n° 4.

1984 Elle constitue ainsi la loi spéciale dérogeant à la loi générale qu'est la directive 95/46/CE, ce qui est juridiquement cohérent dans la mesure où c'est le marché intérieur qui fonde l'intervention de l'Union. A cet égard, l'exposé des motifs est limpide dans la mesure où il indique qu'« il convient d'harmoniser les dispositions législatives, réglementaires et techniques adoptées par les États membres en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel, de la vie privée et des intérêts légitimes des personnes morales dans le secteur des communications électroniques afin d'éviter de créer des obstacles au marché intérieur des communications électroniques conformément à l'article 14 du traité ».

1985 Directive 2002/58/CE précitée, Article 1 §1: « La présente directive harmonise les dispositions des États membres nécessaires pour assurer un niveau équivalent de protection des droits et libertés fondamentaux, et en particulier du droit à la vie privée, en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques, ainsi que la libre circulation de ces données et des équipements et des services de communications électroniques dans la Communauté ».

1986 STIRLING-BELIN Florence, « Traçabilité, liberté de circulation et Union européenne », *RRJ*, 2005-1, p. 415.

les services policiers, judiciaires et douaniers des États membres, ce qui implique la constitution de traitements de données personnelles communs à ces différents États<sup>1987</sup>. Ainsi, depuis le début des années 2000, l'ex-troisième pilier communautaire « Justice et affaires intérieures » a connu un processus d'intégration et de réalisation accéléré. Ce processus est d'abord passé par une phase de précision et de communautarisation de ses objectifs, que l'on peut résumer comme la recherche d'un « haut niveau de sécurité » au sein de l'UE. Ce processus a, dans le même temps, conduit à l'adoption de traitements de données personnelles mis en œuvre à des fins de prévention et de répression des troubles à l'ordre public obéissant soit à une structure décentralisée, soit à une structure unifiée autour d'institutions communautaires spécialisées.

Ce phénomène n'est pas récent car, depuis le Traité de Maastricht, l'UE contribue à améliorer la coopération entre les services répressifs des États membres. En effet, selon l'article 29 TUE<sup>1988</sup>, « l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Plus précisément, les institutions de l'Union sont invitées à favoriser « une coopération plus étroite entre les forces de police, les autorités douanières », les « autorités judiciaires et autres autorités compétentes des États membres ». Cela s'est traduit par la mise en place de traitements de données personnelles entre les États membres. Ainsi, le Système d'Information Schengen (SIS) est-il le premier de ces traitements de données à avoir bénéficié d'un encadrement spécifique<sup>1989</sup>. Le titre IV de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990, relatif au Système d'Information Schengen (SIS) imposait à chaque partie à cet accord de garantir dans sa législation nationale un niveau de protection des données personnelles au moins équivalent à celui garanti dans la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe. Cette obligation se présentait comme la condition *sine qua non* à l'utilisation du SIS. En effet, au terme de l'article 117 de la Convention d'application de Schengen, la transmission de données personnelles ne peut avoir lieu entre Parties qu'une fois ces garanties nationales entrées en vigueur sur le territoire des États concernés par la transmission. Dans le même ordre d'idée, le Système d'Information Douanier (SID)<sup>1990</sup>, destiné à favoriser l'échange d'informations douanières entre les États membres, dispose-t-il également de ses propres mesures d'encadrement des traitement de données personnelles. Sont pareillement concernés les échanges de données réalisés dans le cadre d'Europol<sup>1991</sup> et d'Eurojust<sup>1992</sup>.

Cette dynamique a été relancée par les attentats à New-York de 2001, ceux de Madrid en 2004 et de Londres en 2005. En effet, à la suite de ces événements, l'Union européenne a adopté de nombreuses mesures visant à renforcer la lutte contre le terrorisme. La multiplication de ces instruments spécifiques liés à un traitement de données particulier ainsi que l'apparition d'obligations plus générales de traitement de données personnelles à des fins de sécurité publique

1987 Voir *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1 et *infra*, titre 2, chapitre 2.

1988 Issu du Traité d'Amsterdam, l'article 29 TUE succède à l'article K.1 TUE issu du Traité de Maastricht.

1989 Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 19 juin 1990, JOCE L 239 du 22 septembre 2000, pp. 19-62.

1990 Acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes (ci-après « Convention SID »), JOCE C 316 du 27 novembre 1995, pp. 33-42.

1991 Convention du 26 juillet 1995 conclue sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (ci-après la « Convention Europol »), JOCE C 316 du 27 novembre 1995, pp. 2-32.

1992 Décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité (ci-après la « Décision Eurojust »), JOCE L63 du 6 mars 2002, pp. 1-13.

au sein de l'UE<sup>1993</sup> a fortement incité à l'adoption d'un instrument juridique encadrant le traitement de données personnelles spécifique à l'ex-troisième pilier. Ainsi, l'objet de la décision-cadre du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale<sup>1994</sup> est de constituer un instrument relatif aux des données personnelles commun à l'ex-troisième pilier manifestement distinct des instruments protégeant la vie privée<sup>1995</sup>.

Ce phénomène d'émiettement du droit européen des données personnelles découle également de l'adoption d'instruments n'ayant pas pour objet l'approfondissement d'une politique de l'Union, mais les conditions même de son fonctionnement. En effet, les instruments précédemment évoqués n'avaient pour destinataires que les personnes privées et publiques à l'exception de celles de l'UE. Cela aboutissait à une situation paradoxale dans laquelle les institutions communautaires incitaient les États membres à respecter des règles relatives aux données personnelles sans pour autant qu'elles ne soient elles-mêmes soumises au respect d'un même standard. Or, une telle extension s'avérait nécessaire à raison de la multiplication des traitements de données personnelles réalisés par les institutions communautaires, ne serait-ce que pour les nécessités courantes de son fonctionnement interne, à des fins de gestion et de recrutement<sup>1996</sup>. Le traité d'Amsterdam a été l'occasion de combler cette lacune, dans la mesure où il a introduit le libellé actuel de l'article 286 du traité CE, selon lequel les principes de la directive 95/46 doivent s'appliquer aux institutions et organes de la Communauté à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999. Cet article dispose en effet en son paragraphe 1 qu'« à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999, les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données sont applicables aux institutions et organes institués par le présent traité ou sur la base de celui-ci ». En outre, le second paragraphe de l'article 286 invite le Conseil à instituer « un organe indépendant de contrôle chargé de surveiller

1993 La directive du 15 mars 2006 sur la conservation des données de communication, la décision-cadre du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne ou le traité (dit « Schengen Plus ») signé à Prüm le 27 mai 2005 par sept États membres en vue d'approfondir la coopération transfrontalière en matière de lutte contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, illustrent cette tendance générale au renforcement des échanges d'informations en matière répressive hors traitements de données particuliers.

1994 Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale Journal officiel n° L 350 du 30/12/2008 p. 0060 – 0071.

1995 Ce qui n'empêche pas de la distinguer au sein des objectifs de cet instrument spécifique de protection des données personnelles dans son article 1<sup>er</sup>: « La présente décision-cadre a pour but de garantir à la fois un niveau élevé de protection des droits et libertés fondamentaux des personnes physiques, en particulier leur droit au respect de la vie privée, en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale prévue par le titre VI du traité sur l'Union européenne et un niveau élevé de sécurité publique ».

1996 MAIANI Francesco, « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne. Situation présente et perspectives de développement », *RTD eur.* 38 (2), avril-juin 2002, p. 288: les institutions communautaires ont été ainsi de plus en plus amenées à traiter « d'énormes quantités de données à caractère personnel. Par exemple, en tant qu'employeurs, elles sont amenées à traiter des données concernant leurs employés. En tant que partie à des contrats, elles recueillent et traitent des données relatives à leurs cocontractants. Dans l'accomplissement des tâches qui leur sont confiées par les traités, elles utilisent des masses d'informations pour la formulation des politiques aussi bien que pour leur mise en œuvre ». Un exemple direct de ce cas de figure est donné dans un arrêt du Tribunal de la fonction publique de l'UE: TFPUE, 16 septembre 2009, *Vinci c/ BCE*, aff. F-130/07, Rec. 2009 FP-I-A-1-00307 ; FP-II-A-1-01651, qui concernait le traitement de données médicales survenus dans le cadre de visites médicales imposées par la BCE à une de ses employées.

l'application desdits actes communautaires aux institutions et organes communautaires [...] ». La ratification du traité de Lisbonne a entraîné le déplacement de ces dispositions au sein de l'article 16 du TFUE<sup>1997</sup>. Ces dispositions inscrites dans le droit primaire ont elles-même fait l'objet de précisions dans le droit dérivé<sup>1998</sup>. Enfin, ce caractère particulièrement distinct du droit des données personnelles d'une part, du droit au respect de la vie privée d'autre part, trouve son aboutissement le plus contemporain et le plus net dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Ainsi, cette dernière voit consacrer un droit au respect de la vie privée formellement distinct d'un droit à la protection des données personnelles, respectivement dans ses articles 7 et 8.

Toutefois, ce phénomène d'émiettement semble toucher à sa fin avec l'adoption très prochaine, au début de l'année 2015, de la proposition de règlement de janvier 2012 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Déjà dans sa communication intitulée « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne »<sup>1999</sup>, la Commission avait conclu que l'UE avait besoin d'une politique plus globale et plus cohérente à l'égard du droit des données personnelles. Cette proposition de règlement tente de remédier directement au problème. Ainsi, à propos du cadre juridique communautaire relatif aux données personnelles, le constat de départ à l'origine de ce règlement est sans appel : « S'il demeure satisfaisant en ce qui concerne ses objectifs et ses principes, le cadre juridique actuel n'a cependant pas permis d'éviter une fragmentation de la mise en œuvre de la protection des données à caractère personnel dans l'Union (...). C'est pourquoi il est temps de doter l'Union d'un cadre juridique plus solide et plus cohérent en matière de protection des données »<sup>2000</sup>.

Le rappel du caractère explicite de cette distinction dans le droit positif de l'Union était nécessaire pour mettre en lumière un phénomène en apparence incompréhensible: la coexistence entre cette séparation claire dans les textes avec une conception totalement brouillée du droit au respect de la vie privée et des dispositions relatives à la protection des données personnelles dans la jurisprudence de l'Union.

### *B/ Une affirmation incertaine dans la jurisprudence de l'Union*

La nature particulière des relations entre le juge de l'Union et le juge européen<sup>2001</sup> a eu pour résultat d'imposer au premier d'effectuer un double contrôle à l'occasion de questions soulevées devant lui relatives à une éventuelle violation des droits fondamentaux par l'UE ou un de ses États

1997 Lequel énonce que:

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

2. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États 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.

Les règles adoptées sur la base du présent article sont sans préjudice des règles spécifiques prévues à l'article 39 du traité sur l'Union européenne ».

1998 Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2000, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO 2001, L 8, p. 1.

1999 COM(2010) 609 final.

2000 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final, Exposé des motifs, p. 2.

2001 L'on réserve ici l'expression de « juge européen » à la CEDH.

membres (A). Or, si la distinction que fait la CEDH entre protection de la vie privée et protection des données personnelles est réelle, cette distinction ne se caractérise pas par la plus grande clarté. La réception de cette jurisprudence européenne relative à la protection des données au sein des normes de contrôle du juge de l'UE et sa confrontation à la distinction clairement posée par le droit de l'UE a eu pour conséquence une certaine confusion entre les notions de protection des données personnelles et de protection de la vie privée. Cette confusion s'est traduite par des abus de langage aboutissant sans véritable raison à confondre l'un avec l'autre (B).

### **1) L'existence d'un double contrôle à l'occasion des contentieux communautaires relatifs aux droits fondamentaux**

Les risques de confusion entre les fondements européens et communautaires de la protection des données personnelles s'expliquent *a priori* par l'existence général d'un double contrôle en matière de droits fondamentaux au sein des juridictions communautaires (a). Ce double contrôle varie en fonction des domaines, mais celui de la protection des données personnelles y est soumis systématiquement depuis son origine (b).

#### a) Les raisons de l'existence de ce double contrôle

L'influence du droit de la CESDH à l'égard du droit communautaire n'est pas un phénomène récent, ce dont témoigne la révérence marquée des institutions et textes communautaires à son égard ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Si cette révérence a su en grande partie compenser l'absence d'adhésion de l'Union à la CESDH pendant un temps, elle n'a toutefois eu que plus tard pour effet d'accorder au droit communautaire une présomption de compatibilité avec le droit européen. Avec la ratification du Traité de Lisbonne cette influence est désormais appelée à évoluer. A l'issue de l'adhésion de l'UE à la CESDH, ce qui n'est encore qu'une influence, deviendra pour l'UE une contrainte juridique.

La révérence faite au droit européen apparaît tout d'abord et historiquement dans la jurisprudence. Ainsi, la CJUE a à plusieurs reprises affirmé que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect »<sup>2002</sup>. A travers les principes généraux du droit communautaire, la CESDH « bénéficie d'une véritable réception matérielle au sein du droit communautaire, qui lui reconnaît en fait un caractère obligatoire »<sup>2003</sup>, comme si elle était dotée d'un effet direct à l'égard des institutions communautaires. A cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des « indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré »<sup>2004</sup>. Dans ce même arrêt *ERT*, la CJCE indique que dans le cadre de cette mission, la CESDH revêt « une signification particulière ». Cette révérence est également sensible sur le plan textuel. Ainsi, le deuxième alinéa de l'article F du Traité de Maastricht, préfigurant l'article 6 du Traité d'Amsterdam de 1997<sup>2005</sup> dispose que: « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

2002 CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c/ Commission*, aff. 4/73, Rec. 1977, p. 00001, §13.

2003 DE SCHUTTER Olivier, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la justice des communautés européennes », in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Droit et justice n° 64, 2005, p. 190.

2004 CJCE, 18 juin 1991, *ERT c/ DEP*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-02925, §41.

2005 Signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999

signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Elle va jusqu'à permettre aux juridictions communautaires de se sentir autorisées à invoquer directement, sans utiliser de principe général du droit communautaire, les dispositions de la CESDH telle qu'interprétées par la Cour de Strasbourg<sup>2006</sup>. Plus concrètement, cela signifie que la CJUE impose le respect du droit européen dans trois circonstances: en contrôlant le respect de la Convention européenne des droits de l'homme par les institutions communautaires<sup>2007</sup>, en imposant aux États membres qu'ils respectent la Convention lorsqu'ils mettent en œuvre de manière directe ou indirecte le droit communautaire<sup>2008</sup> et, enfin, en admettant que les obligations imposées par le respect de la CESDH aux États membres conduisent ces derniers à limiter l'étendue de leurs obligations résultant du droit communautaire<sup>2009</sup>. Ce faisant, dans le cadre de cette troisième fonction, la Cour de Luxembourg reconnaît aux droits garantis par la CESDH « la fonction de contribuer à la définition des raisons impérieuses d'intérêt général que les États peuvent invoquer pour justifier des restrictions à certaines des libertés de circulation »<sup>2010</sup>.

Pour ce qui concerne plus précisément le droit des données personnelles, cette révérence se traduit par l'omniprésence de l'article 8 de la CESDH au sein des instruments et de la jurisprudence<sup>2011</sup> communautaire relatives à ce domaine. Cette omniprésence se manifeste dans la directive 95/46<sup>2012</sup> et par la seule mention de la CESDH dans le paragraphe 2 du Préambule de la directive 97/66<sup>2013</sup>. Elle tend néanmoins à s'infléchir, au profit de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Le cas de la directive 2002/58 est intéressant car il révèle un surclassement en terme de révérence de la CESDH par la Charte des droits fondamentaux. Cette dernière est évoquée dès le deuxième paragraphe du Préambule quand la CESDH n'est évoquée que dans le considérant suivant, conjointement avec les sources constitutionnelles nationales de protection des données personnelles, comme si l'adoption de la Charte des droits fondamentaux l'avait reléguée au rang de source supplétive des droits fondamentaux<sup>2014</sup>. Toutefois, cette évolution n'est

2006 CJCE, 17 décembre 1998, *Bausthalgewebe c/ Commission des CE*, aff. C-185/95 P, Rec. 1998, p. I-08417.

2007 CJCE, 5 octobre 1994, *X c/ Commission*, C-404/92 P, Rec. 1994, p. I-04737.

2008 CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, Rec. 1975, p. 1219, §32.

2009 CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c/ Pays-Bas*, aff. 352/85, Rec. 1988, p. 2085.

2010 DE SCHUTTER Olivier, , *op. cit.*, p. 201.

2011 Cette révérence est tellement marquée au sein de la jurisprudence des juridictions communautaires relative à la protection des données personnelles qu'à l'instar de l'arrêt *Bausthalgewebe* précité dans lequel le juge fondait son raisonnement sur les dispositions de la CESDH sans passer par la médiation des principes généraux du droit communautaire, tous les arrêts rendus dans cette matière se fonde directement sur le droit européen.

2012 Ainsi, le paragraphe 10 de son Préambule dispose que: «considérant que l'objet des législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel est d'assurer le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment du droit à la vie privée reconnu également dans l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans les principes généraux du droit communautaire; que, pour cette raison, le rapprochement de ces législations ne doit pas conduire à affaiblir la protection qu'elles assurent mais doit, au contraire, avoir pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté ».

2013 Directive 97/66/CE, paragraphe 2 du Préambule: « considérant que la confidentialité des communications est garantie en conformité avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (notamment la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) et les constitutions des États membres ».

2014 Directive 2002/58, Préambule, considérant n° 2 et 3:

« (2) La présente directive vise à respecter les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, elle vise à garantir le plein respect des droits exposés aux articles 7 et 8 de cette charte.

(3) La confidentialité des communications est garantie en conformité avec les instruments internationaux relatifs

pas univoque, les mentions relatives au texte européen ayant été préférées à celles de la Charte tant que cette dernière n'avait pas acquis valeur juridique. Ainsi, pour ce qui concerne l'ex-premier pilier des politiques communautaires, l'ex-directive 2006/24 mettait à nouveau l'accent sur l'article 8 de la CESDH ainsi que sur son rôle en matière de protection des données personnelles dès son huitième considérant<sup>2015</sup> en n'évoquant qu'au 22<sup>ème</sup> considérant la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>2016</sup>. Il convient toutefois de relativiser au fond l'importance de cette omniprésence textuelle, l'annulation récente de la directive 2006/24 précitée démontrant qu'elle ne suffit pas à compenser une absence de respect effectif des dispositions de la CESDH et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>2017</sup>.

## b) Les manifestations spécifiques en matière de droit des données personnelles

En droit communautaire, le contentieux lié au droit des données personnelles se trouve depuis l'origine placé dans le cadre de ce double contrôle: d'abord en ce que les juridictions communautaires ont opéré la réception de l'article 8 de la CESDH tel que protégeant la vie privée (a-1), ensuite en ce qu'elles ont opéré la réception de la jurisprudence de la CEDH telle que protégeant les données personnelles dans le cadre de ce même article (a-2).

### *a-1) La réception préalable de l'article 8 de la CESDH tel que protégeant la vie privée*

Avant la ratification du Traité de Lisbonne conférant valeur juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'UE, et tant que l'UE n'a pas adhéré à la CEDH, l'incorporation de la jurisprudence de la Cour européenne passait nécessairement par le prisme des principes généraux du droit communautaire. Pour autant, la jurisprudence de la CEDH n'était qu'une source d'inspiration, certes privilégiée, mais non la seule<sup>2018</sup>.

aux droits de l'homme, notamment la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les constitutions des États membres ».

2015 Directive 2006/24, considérant n°9: « En vertu de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), toute personne a droit au respect de sa vie privée et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire, entre autres, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, ou à la protection des droits et des libertés d'autrui. Étant donné que la conservation des données s'est révélée être un outil d'investigation nécessaire et efficace pour les enquêtes menées par les services répressifs dans plusieurs États membres et, en particulier, relativement aux affaires graves telles que celles liées à la criminalité organisée et au terrorisme, il convient de veiller à ce que les données conservées soient accessibles aux services répressifs pendant un certain délai, dans les conditions prévues par la présente directive. L'adoption d'un instrument relatif à la conservation des données constitue dès lors une mesure nécessaire au regard des exigences de l'article 8 de la CEDH ».

2016 Directive 2006/24, considérant n° 22: « La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, notamment, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La présente directive ainsi que la directive 2002/58/CE visent notamment à veiller à ce que les droits fondamentaux liés au respect de la vie privée et des communications des citoyens et à la protection des données à caractère personnel, tels que consacrés aux articles 7 et 8 de la charte, soient pleinement respectés ».

2017 CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié.

2018 CJCE, 18 juin 1991, *ERT c/ DEP*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-02925, §41: « selon une jurisprudence constante les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré [...]. La convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière ».

La ratification du Traité de Lisbonne a consacré cette source secondaire des droits fondamentaux dans l'UE. En effet, la nécessité de protéger les droits fondamentaux par les principes généraux est souvent présentée par la doctrine comme « permettant le maintien d'un dynamisme dans la protection des droits fondamentaux de l'UE ». En allant plus loin, cette même doctrine considère qu'« en maintenant le rôle créateur du juge en matière de consécration des droits, l'idée des pères fondateurs des traités [était] d'éviter une cristallisation dans l'interprétation et favoriser une prise en compte des évolutions de la société »<sup>2019</sup>. A cet égard, l'article 8 de la CESDH a très tôt inspiré un régime communautaire jurisprudentiel de protection de la vie privée. Dans l'arrêt *National Panasonic*, la CJCE reconnaît ainsi que cet article énonce « le principe de la non-ingérence des autorités publiques dans l'exercice » du droit à la vie privée<sup>2020</sup>. Elle affine sa jurisprudence dans l'arrêt *X contre Commission* du 5 octobre 1994, dans lequel elle affirme que « le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CESDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, constitue l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire »<sup>2021</sup>. Plus précisément, dans cette affaire, la Cour reconnaît que tout individu a le droit de tenir secret son état de santé: la divulgation d'informations médicales sans le consentement de l'individu concerné est donc susceptible de constituer une ingérence dans la vie privée de ce dernier<sup>2022</sup>. La CJCE ne se contente pas d'intégrer l'approche initialement restrictive de la notion de vie privée telle qu'interprétée par la CEDH, mais a très tôt retenu une interprétation large susceptible d'accueillir en son sein la conception plus récente de la vie privée au sens de « vie privée sociale », en énonçant à propos de l'article 8 de la CESDH que « l'objet de la protection de cet article concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle »<sup>2023</sup>.

Les risques d'une divergence d'interprétation entre les deux Cours existent. Mais l'exemple de l'arrêt *Hoechst* révèle que de telles divergences peuvent s'avérer constructives et globalement positives en terme de protection des droits fondamentaux. Cet arrêt intervient presque dix ans après que la Cour de Luxembourg a laissé la porte ouverte à la question de savoir si le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH pouvait s'appliquer aux personnes morales<sup>2024</sup>. Dans l'affaire *Hoechst*, elle considère que si le droit à l'inviolabilité du domicile, composante du droit au respect de la vie privée, peut être invoqué par les personnes physiques, il ne peut l'être par les personnes morales en raison de l'objectif de protection du « domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme » qui s'attache selon la CJCE à l'article 8 de la CESDH. En revanche, la CJCE ne prend une telle décision qu'« en l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard », et parvient *in fine* à reconnaître un socle minimal de droits au bénéfice des personnes morales en énonçant que « les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi », reconnaissant ainsi un principe général de droit communautaire tendant à la « protection face à

2019 KAUFF-GAZIN Fabienne, « Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne: un bilan contrasté », *Europe*, 2008, p. 39.

2020 CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commission des CE*, aff. 136/79, Rec. 1980, p. 2033, §19.

2021 CJCE, 5 octobre 1994, *X c/ Commission*, C-404/92 P, Rec. 1994, p. I-04737, §17.

2022 CJCE, 5 octobre 1994, *X c/ Commission*, précit., §23: « le droit au respect de la vie privée exige que le refus de l'intéressé soit respecté dans sa totalité. Dès lors que le requérant avait expressément refusé de se soumettre à un test de dépistage du sida, ce droit s'opposait à ce que l'administration procède à tout test susceptible d'aboutir à soupçonner ou à constater l'existence de cette maladie, dont il avait refusé la révélation ».

2023 CJCE, 21 septembre 1987, *Hoechst*, précit., §18.

2024 CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commission des CE*, précit..

des interventions arbitraires ou disproportionnées »<sup>2025</sup>. Cet exemple révèle un aspect *a priori* surprenant des risques de divergence jurisprudentielle entre les deux cours européennes, qui tient à ce que la Cour de Luxembourg, « bien qu'elle se considère tenue de ne pas réduire le niveau de protection des droits fondamentaux qu'elle garantit en deçà des standards de la Convention européenne des droits de l'homme, (...) ne s'interdit pas de garantir les droits fondamentaux à un niveau plus élevé, c'est à dire d'aller au-delà du seuil minimal que ces standards représentent »<sup>2026</sup>.

*a-2) La réception de l'article 8 de la CESDH tel que protégeant les données personnelles*

La réception de la jurisprudence de la CEDH est fidèle, y compris à l'égard de sa conception élargie de la notion de vie privée. Cette réception est explicite dans l'arrêt *Rechnungshof contre Österreichischer Rundfunk* : « il convient, d'emblée, de considérer que la collecte de données nominatives relatives aux revenus professionnels d'un individu, en vue de les communiquer à des tiers, entre dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, à cet égard, que les termes «vie privée» ne devaient pas être interprétés de façon restrictive et qu'«aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles [...] de la notion de vie « privée »» (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêts *Amann c. Suisse* du 16 février 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 65, et *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 43) »<sup>2027</sup>. Dans cette affaire, les juridictions de renvoi interrogeaient la CJCE sur la compatibilité entre les dispositions de la directive 95/46 et la loi autrichienne exigeant que plusieurs organismes publics communiquent à la Cour des comptes locale le nom des personnes touchant un salaire dépassant un certain montant. Ces informations, une fois collectées, faisaient l'objet d'une compilation dans un rapport qui était publié dans le but d'informer les citoyens autrichiens et d'inciter les organismes publics à ne pas attribuer des salaires excessifs.

A l'occasion de ce contrôle de normes, la CJCE précise que « les dispositions de la directive 95/46, en ce qu'elles régissent le traitement de données à caractère personnel susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales et, en particulier, au droit à la vie privée, doivent être nécessairement interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »<sup>2028</sup>. Autrement dit, la Cour fonde son contrôle non seulement sur les dispositions de droit communautaire dérivé applicables à l'espèce mais, également, et de manière autonome, sur l'article 8 de la CESDH. Dès lors, la directive 95/46 ne semble pas pouvoir être cliniquement isolée de la jurisprudence européenne pour son application. C'est ce qui ressort du constat opéré par la CJCE qui, loin de se contenter de découvrir une violation des dispositions de la directive 95/46, conclut que « la communication de [...] données à un tiers, en l'occurrence une autorité publique, porte atteinte au droit au respect de la vie privée des intéressés, quelle que soit l'utilisation ultérieure des informations ainsi communiquées, et présente le caractère d'une ingérence au sens de l'article 8 de la CESDH »<sup>2029</sup>.

Le droit des données personnelles est donc, dans la jurisprudence communautaire, un droit doublement sous tutelle: normative à l'égard de l'article 8 de la CESDH et prétorienne à l'égard de la notion de vie privée.

2025 CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst, précit.*, §§ 17 à 19.

2026 DE SCHUTTER Olivier, *op. cit.*, p. 218.

2027 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a., précit.*, §73.

2028 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a., précit.*, §68.

2029 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a., précit.*, §74.

## 2) La confusion des droits dans la jurisprudence communautaire

Les tentatives plus ou moins légitimes et plus ou moins justifiées d'assimiler le droit des données personnelles à la seule protection de la vie privée ont eu pour conséquence imprévue la généralisation d'une telle conception par abus de langage. De telles métonymies ne figurent pas dans les instruments relatifs aux données personnelles mais fleurissent dans la jurisprudence communautaire, il est vrai de manière plus rare depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux qui comporte un article 7 dédié à la protection de la vie privée et un article 8 relatif à la protection des données personnelles. Une telle dérive de langage dans ce domaine précis s'explique par la nécessité pour le juge de l'UE d'interpréter les fondements communautaires du droit des données personnelles à la lueur des droits fondamentaux, et notamment du droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 de la CESDH.

Un tel exercice de conciliation devrait, pour être effectué de manière pertinente, reposer sur une distinction préalable entre les finalités respectives du droit au respect de la vie privée et du droit de la protection des données personnelles d'une part, et entre les instruments juridiques qui garantissent ces objectifs d'autre part. L'application de cette méthode permet de distinguer la finalité du droit au respect de la vie privée (protection de la vie privée au sens large, qui peut recouper, on l'a vu, les données personnelles) de celle du droit de la protection des données personnelles (protection des droits fondamentaux, et notamment de la vie privée). Elle permet ensuite de distinguer les instruments protégeant l'ensemble de la vie privée et certaines données personnelles (article 8 de la CESDH et désormais article 7 de la Charte des droits fondamentaux) de ceux protégeant une partie de la vie privée et l'ensemble des données personnelles (droit communautaire des données personnelles, et notamment article 8 de la Charte). Cette double distinction entre la finalité et les instruments relatifs à la vie privée et aux données personnelles a d'ailleurs fait l'objet d'une consécration récente dans la jurisprudence *Digital Rights* de la CJUE<sup>2030</sup>.

Dès lors que l'on garde à l'esprit cette différence d'objet et de fondement, malgré les recoupements entre droit au respect de la vie privée et droit des données personnelles, certaines formulations employées dans le passé par le juge communautaire semblent inadaptées et révèlent de réels abus de langage. Or, ces abus entretiennent sans raison une confusion entre droit des données personnelles et droit au respect de la vie privée qui n'existe pas dans les instruments communautaires textuels. Cette confusion a émergé très tôt dans la jurisprudence communautaire. Elle est favorisée par le fait que les instruments communautaires singularisent la protection de la vie privée au sein des droits et libertés fondamentales garantis par le droit des données personnelles et que, bien avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et selon une jurisprudence constante, « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont [la Cour] assure le respect »<sup>2031</sup>. Or, « à cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré »<sup>2032</sup>, la CESDH revêtant à cet égard « une signification particulière ».

2030 CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié, §§ 25 à 29.

2031 CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c/ Commission*, précit..

2032 CJCE, 18 juin 1991, *ERT c/ DEP*, précit., §41.

L'interprétation extrêmement large qui est faite par la CEDH de la notion de vie privée de la personne humaine explique ainsi que le juge communautaire fonde le plus souvent la partie de son double contrôle qui concerne exclusivement le droit fondamental lésé sur l'article 8 de la CESDH<sup>2033</sup>. Cela ne signifie pas pour autant que l'article 8 de la CESDH constitue le fondement exclusivement visé par le juge communautaire au titre de ce double contrôle. Ainsi, dans l'affaire *Heinz Huber* du 16 décembre 2008, le droit fondamental que le requérant prétendait voir lésé par l'Allemagne via une violation de son droit à la protection des données personnelles n'était pas le droit au respect de la vie privée mais le principe de non-discrimination tel que consacré en droit communautaire. Dès lors, le contrôle du juge communautaire a porté sur une appréciation combinée des dispositions propres à ce principe ainsi qu'à celles du droit des données personnelles<sup>2034</sup>. Présentées sous cette même affaire le 3 avril 2008, les conclusions de l'avocat général de M. M. Poiares Maduro, dans leur point 27, rappellent que l'entrée en jeu de l'article 8 de la CESDH dans le cadre d'affaires relatives au droit des données personnelles n'a pas lieu par principe mais uniquement dans la mesure où un traitement de données personnelles porte directement atteinte au droit au respect de la vie privée<sup>2035</sup>.

Dans ces conditions, les objectifs de ces deux droits ne coïncidant que partiellement, les instruments protégeant ces objectifs ne peuvent être assimilés mais articulés dans le cadre d'un double contrôle dont le premier terme est toujours le droit de la protection des données personnelles et le second l'instrument juridique protégeant le droit fondamental auquel le traitement de données personnelles en cause porte atteinte.

Dès lors, une telle assimilation, lorsqu'elle survient, ne présente pas qu'un risque pour la pureté doctrinale des concepts mais constitue un enjeu réel en terme de sécurité juridique. En effet, si certains abus de langage paraissent légitimes (a), c'est à cause de confusions fréquentes et non sanctionnées dans la jurisprudence communautaire ; toutefois, la CJUE y a récemment mis un coup d'arrêt en rappelant fermement la distinction entre le droit au respect de la vie privée et le droit de la protection des données personnelles (b).

#### a) L'existence d'abus de langage légitimes

Les juridictions communautaires, que ce soit dans le texte de leurs décisions ou dans des conclusions de leurs avocats généraux, peuvent à l'occasion révéler des abus de langage consistant

2033 Ainsi, dans l'arrêt *Osterreichischer Rundfunk e.a.* précité, qui constitue à notre connaissance le premier arrêt des juridictions de l'Union relatif au domaine de la protection des données personnelles, la Cour initie ce double contrôle, en faisant une lecture combinée des dispositions de la directive 95/46 portant exclusivement sur la protection des données personnelles avec l'article 8 de la CESDH portant sur le droit au respect de la vie privée. Pour autant, les deux instruments ne sont pas purement et simplement confondus.

2034 CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Huber*, aff. C-524/06, Rec. 2008, p. I-09705, §66 : « Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'un système de traitement de données à caractère personnel relatives aux citoyens de l'Union non-ressortissants de l'État membre concerné tel que celui mis en place par l'AZRG et ayant pour objectif le soutien des autorités nationales en charge de l'application de la réglementation sur le droit de séjour ne répond à l'exigence de nécessité prévue à l'article 7, sous e), de la directive 95/46, interprété à la lumière de l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, que : – s'il contient uniquement les données nécessaires à l'application par lesdites autorités de cette réglementation, et – si son caractère centralisé permet une application plus efficace de cette réglementation en ce qui concerne le droit de séjour des citoyens de l'Union non-ressortissants de cet État membre ».

2035 Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 3 avril 2008 dans l'affaire *Huber* précitée, § 27: « Par ailleurs, si le traitement de données personnelles peut être susceptible d'enfreindre le droit fondamental au respect de la vie privée, l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CEDH»), qui garantit le respect de la vie privée et familiale, devient lui aussi pertinent ».

à confondre le droit de la protection des données personnelles avec le droit au respect de la vie privée. Certains de ces abus sont bénins et ne constituent à proprement parler que des facilités de langage, sans impliquer de confusion sur le fond du droit (a-1). D'autres laissent à voir une réelle confusion, mais se justifient à l'évidence par des considérations légitimes de politique jurisprudentielle (a-2).

*a-1) Existence de raccourcis bénins plus que d'abus de langage*

Lorsque la juridiction communautaire prend la peine de distinguer les objectifs et les fondements respectifs du droit de la protection des données personnelles et du droit au respect de la vie privée, elle aboutit à des solutions complexes qui gagneraient éventuellement à être plus pédagogiques, mais qui ont l'immense mérite de ne pas comporter de contresens sur les champs d'application respectifs des droits en cause.

Tel est notamment le cas dans l'affaire *Promusicae*, qui énonce pour la première fois dans un arrêt le caractère de droit fondamental autonome au droit à la protection des données personnelles<sup>2036</sup> et, nonobstant une position ambiguë de l'avocat général à ce sujet, offre une analyse plus précise que celles prévalant jusqu'alors des rapports logiques existant entre protection des données personnelles et protection de la vie privée, en considérant que la seconde n'est qu'un des objectifs de la première. Dans le point 63 de cet arrêt, la Cour prend le temps de distinguer les droits fondamentaux en présence et amorce une analyse des rapports logiques qui les unissent: « Toutefois, il importe de constater que la situation litigieuse à propos de laquelle la juridiction de renvoi pose cette question met en présence, en plus des deux droits susmentionnés, un autre droit fondamental, à savoir celui qui garantit la protection des données à caractère personnel et, donc, de la vie privée »<sup>2037</sup>. Ce faisant, reprenant au point suivant les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, elle consacre l'autonomie du droit à la protection des données personnelles en même temps que son rapport particulier avec le droit fondamental à la vie privée. A ne lire que ce passage, il est légitime d'en déduire que la protection des données personnelles vaut *ipso facto* protection de la vie privée. Dès lors à la lumière de son paragraphe 65 qui énonce qu'« ainsi, la présente demande de décision préjudicielle soulève la question de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les droits à la protection de la propriété et à un recours effectif »<sup>2038</sup>, la Cour semble considérer que le droit au respect de la vie privée ne constitue qu'un des objectifs du droit à la protection des données personnelles<sup>2039</sup>, ce qui

2036 Une telle consécration était déjà annoncée dans la formulation retenue six mois plus tôt dans les conclusions de l'avocat général Mme Trstenjak présentées le 10 juillet 2007 dans l'affaire CJUE, gr. ch., 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-482/08, Rec. 2010, p. I-10413, dans leur §126: « Je souhaiterais faire à nouveau observer que le règlement n° 2252/2004 pourrait être problématique du point de vue des droits fondamentaux – notamment du point de vue de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (93) et de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (94), ce à quoi renvoie surtout la science juridique allemande (95). Mais le Royaume-Uni n'a pas attaqué ce règlement pour violation du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel ».

2037 Souligné par nous.

2038 Souligné par nous.

2039 Une lecture aussi neutre des rapports entre protection des données personnelles et protection de la vie privée est reprise dans l'arrêt CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, aff. C-73/07, Rec. 2008, p. I-09831, § 55: « En vue de concilier ces deux «droits fondamentaux» au sens de la directive, les États membres sont appelés à prévoir certaines dérogations ou limitations à la protection des données, et donc du droit fondamental à la vie privée, prévues aux chapitres II, IV et VI de cette directive. Ces dérogations doivent être faites aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, qui relèvent du droit fondamental de la liberté d'expression, dans la seule mesure où elles s'avèrent

paraît évident lorsque l'on s'essaie à inverser cette formulation: « le droit fondamental à la vie privée est en cause, donc le droit à la protection des données l'est également ».

La formulation retenue par l'avocat général Julianne Kokott diffère quelque peu car, si elle insiste à plusieurs reprises dans ses conclusions sur la qualification autonome de droit fondamental reconnue au droit de la protection des données personnelles<sup>2040</sup>, elle considère dans le point 51 de ses conclusions que « *La protection des données repose sur le droit fondamental à la vie privée*, ainsi qu'il résulte en particulier de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CEDH»), qui a été signée à Rome le 4 novembre 1950 »<sup>2041</sup>. Cette formulation, ambiguë, ne s'explique pas au regard de la référence qu'elle cite dans sa note de bas de page n° 23, qui renvoie au paragraphe n° 73 de l'arrêt *Osterreichischer Rundfunk* précité. Or, ce dernier énonce qu': « Il convient, d'emblée, de considérer que la collecte de données nominatives relatives aux revenus professionnels d'un individu, en vue de les communiquer à des tiers, entre dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, à cet égard, que les termes «vie privée» ne devaient pas être interprétés de façon restrictive et qu'«aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles [...] de la notion de « vie privée» (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêts *Amann c. Suisse* du 16 février 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 65, et *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 43) ». Ce paragraphe présenté comme justificatif se borne donc à constater le recoupement entre le champ d'application des deux droits, sans pour autant déduire de rapport de filiation logique entre les deux, ce qu'impliquerait la formulation retenue par l'avocat général (« La protection des données repose sur le droit fondamental à la vie privée »).

En soi, il ne s'agit que d'un raccourci bénin. Mais la formule précitée selon laquelle « La protection des données repose sur le droit fondamental à la vie privée » utilisée par l'avocat général Kokott dans cette affaire a pu être utilisée par la suite telle quelle dans les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalon présentées dans l'affaire *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*<sup>2042</sup>. Or, l'emploi d'une telle formule peut être déploré dans la mesure où elle laisserait croire, isolée de son contexte, que son auteur opère une confusion entre droit au respect de la vie privée et droit à la protection des données personnelles. Or, tout ce qu'elle signifie -et l'avocat général Pedro Cruz Villalon l'exprime très nettement<sup>2043</sup>-, c'est qu'en fonction de la nature des données personnelles en présence, les deux droits peuvent se recouper, ce qui était d'ailleurs le cas dans cette affaire<sup>2044</sup>.

#### *a-2) Des abus de langage justifiés par des lacunes textuelles*

Certains de ces abus de langage semblent relever non pas d'une confusion entre les objectifs d'une part, et les instruments d'autre part, mais plutôt d'une utilisation stratégique de confusions déjà opérées.

En effet, une assimilation entre le droit de la protection des données personnelles et le droit au

nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression ».

2040 Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott présentées le 18 juillet 2007 dans l'affaire CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, Rec. 2008, p. I-00271, §§ 50, 51, 57, 127.

2041 Souligné par nous.

2042 Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalon présentées le 12 décembre 2013 dans l'affaire *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*, §62.

2043 Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalon précitées, §§ 63 à 65.

2044 CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié, §29.

respect de la vie privée paraît difficilement justifiable dans les domaines du droit communautaire dans lesquels des instruments spécifiques d'encadrement des traitements des données personnelles ont été consacrés. En revanche, au sein des domaines ne comportant pas ou n'ayant pas à l'époque des faits examinés dans certains arrêts comporté d'instruments globaux et effectifs d'encadrement de ces données, une telle confusion revêt une caractère éminemment stratégique. En effet, les juridictions communautaires interprétant indistinctement l'ensemble des actes communautaires à la lueur des droits fondamentaux tels que consacrés dans des instruments exogènes, et notamment la CESDH, une confusion entre le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de cette convention et le droit des données personnelles permet à ce dernier de faire pénétrer ses exigences dans des domaines *a priori* exclus par le législateur communautaire.

Cette inégale pénétration du droit des données personnelles au sein des différents piliers de l'action de l'UE se trouve d'ailleurs à l'origine des difficultés manifestes qui ont pesé sur le Conseil de l'Union européenne pour tenter de fonder en droit les décisions litigieuses de la Commission dans l'affaire *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne* du 30 mai 2006. Dans le cadre de cette affaire, la question posée au juge communautaire revenait en substance à apprécier si la Commission européenne pouvait légitimement tirer de la directive 95/46 un titre de compétence pour autoriser un transfert de données personnelles hors de l'UE à des fins de prévention du terrorisme via une décision d'adéquation du niveau de protection des données personnelles au sein de l'État destinataire de ces données. Dans cet arrêt, la Cour a considéré qu'en raison de la finalité du transfert, qui ne concernait que très anecdotiquement la réalisation du Marché intérieur, la Commission s'était fondée sur une base juridique inappropriée. Elle a donc annulé cette décision pour défaut de base légale.

Mais l'intérêt de cette affaire réside plutôt dans le sens des conclusions de l'avocat général Philippe Léger. En effet, elles révèlent une conception du droit des données personnelles – à tout le moins de ses dispositions qui sont relatives à leur protection - qui en fait une émanation naturelle du droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 de la CESDH, conception initiée par le Parlement européen dans sa requête<sup>2045</sup>. Or, cette conception revient à mêler des garanties propres au respect de la vie privée en droit européen avec des garanties propres au droit communautaire des données personnelles. En effet, dans le paragraphe 108 de ses conclusions, seule relève spécifiquement de la protection de la vie privée en droit européen l'exigence que l'ingérence soit « prévue par la loi » et qu'elle soit « proportionnée au but qu'elle poursuit ». Mais les exigences d'accessibilité et de prévisibilité mises en avant par le Parlement supposeraient l'existence d'un droit d'accès et d'une obligation d'information qui n'appartiennent en propre qu'au droit des données personnelles<sup>2046</sup>. Il en va de même, de manière encore plus nette, lorsque

2045 Conclusions de l'avocat général Philippe Léger présentées le 22 novembre 2005 dans l'affaire CJCE, gr. ch., 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. jtes C-317/04 et C-318/04, Rec. 2006, p. I-04721, voir notamment, parmi de nombreuses occurrences, le paragraphe 108: « Le Parlement soutient que la décision d'adéquation ne respecte pas le droit à la protection des données à caractère personnel tel qu'il est garanti à l'article 8 de la CEDH. Plus précisément, au regard des conditions posées par cet article, il estime que ladite décision constitue une ingérence dans la vie privée qui ne peut être considérée comme prévue par la loi, car il s'agit d'une mesure qui n'est pas accessible et prévisible. En outre, le Parlement estime que cette mesure n'est pas proportionnée au but qu'elle poursuit, eu égard notamment au nombre excessif de rubriques des PNR demandées et à la durée de conservation excessivement longue des données ».

2046 Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott précitées, §53: « Une telle ingérence méconnaît l'article 8 de la CEDH, sauf si elle est «prévue par la loi» (26). Conformément au principe de prévisibilité, une disposition qui permettrait une telle ingérence doit être formulée avec suffisamment de précision pour permettre à ses destinataires de régler leur conduite en fonction d'elle (27). L'exigence de prévisibilité a trouvé une expression particulière dans le droit de la protection des données qui impose que tout traitement de données soit lié à des

le Parlement européen considère à tort que fait partie des garanties du droit au respect de la vie privée l'obligation de ne pas conserver les données personnelles pour une durée excessive ; seuls les instruments propres au droit des données personnelles prévoient une telle garantie.

Cette conception, qui relève à l'évidence d'une stratégie de protection forcée des droits fondamentaux, est confirmée par l'avocat général dans sa propre appréciation de l'espèce. Reprenant la conception proposée par la Cour du droit de la protection des données personnelles comme émanation du droit au respect de la vie privée<sup>2047</sup>, il la systématise et en fait une position de principe dans son paragraphe 209, dans lequel il considère que « le droit à la protection des données à caractère personnel constitue l'un des aspects du droit au respect de la vie privée, et est donc protégé par l'article 8 de la CEDH, y compris dans l'ordre juridique communautaire, par le prisme des principes généraux du droit ». Une telle position est inexacte en droit pour les raisons évoquées mais elle se justifie d'un point de vue stratégique par la volonté de compenser l'absence, à la date de la décision, de norme communautaire générale d'encadrement des traitements de données personnelles au sein de l'ex-troisième pilier. A propos d'une autre affaire examinée *infra*, le juge communautaire a d'ailleurs explicitement validé une telle stratégie de contournement dans les domaines des politiques de l'Union non couverts par une norme communautaire en la matière<sup>2048</sup>.

Hélas, une telle subtilité aurait dû être explicitée par l'avocat général Léger car, si sa position se justifie ponctuellement, au regard des circonstances précises de cette affaire, elle est à la source d'abus de langages ultérieurs parfaitement illégitimes et d'ailleurs sanctionnés comme tels par la CJUE (voir *infra*, b-2).

#### b) L'existence d'abus de langage illégitimes

Malgré des textes communautaires établissant clairement une distinction entre, d'une part, le droit des données personnelles, y incluant leur protection et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée et ses objectifs, ce genre de confusion demeure dans la jurisprudence communautaire la

fins déterminées, comme l'exige expressément l'article 8, paragraphe 2, de la charte ».

2047 Conclusions de l'avocat général Philippe Léger précitées, §113 : « L'interdépendance entre les trois composantes du régime PNR, ainsi que le fait que les moyens tirés de la violation des droits fondamentaux et du principe de proportionnalité soient soulevés par le Parlement dans les deux affaires soumises au jugement de la Cour, nous conduisent à comprendre ces moyens comme visant à faire constater par cette dernière l'incompatibilité du régime PNR, dans ses trois composantes, avec le droit au respect de la vie privée garanti à l'article 8 de la CEDH. (...) ».

2048 CJUE, gr. ch., 29 juin 2010, *Commission c/ Bavarian Lager*, affaire C-28/08 P, Rec. 2010, p. I-06055, §§61 et 62 : « 61 Selon l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, du règlement n° 45/2001, l'objet de ce règlement est d'assurer « la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Cette disposition ne permet pas une séparation des cas de traitement des données à caractère personnel en deux catégories, à savoir une catégorie dans laquelle ce traitement serait examiné uniquement sur la base de l'article 8 de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à cet article et une autre catégorie dans laquelle ledit traitement serait soumis aux dispositions du règlement n° 45/2001.

62 Il ressort de la première phrase du quinzième considérant du règlement n° 45/2001 que le législateur de l'Union a évoqué la nécessité de procéder à l'application de l'article 6 UE et, par ce truchement, de l'article 8 de la CEDH, « [l]orsque ce traitement est effectué par les institutions et organes communautaires pour l'exercice d'activités situées hors du champ d'application du présent règlement, en particulier celles prévues aux titres V et VI du traité [UE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne] ». En revanche, un tel renvoi ne s'avérerait pas nécessaire pour un traitement effectué dans l'exercice d'activités situées dans le champ d'application dudit règlement, étant donné que, dans de tels cas, c'est manifestement le règlement n° 45/2001 lui-même qui s'applique ».

règle plutôt que l'exception. Cela entretient ainsi artificiellement, par abus de langage, une confusion qui n'existe pas en droit positif. Une telle confusion paraît d'autant plus injustifiée que la Charte des droits fondamentaux de l'UE procède à une distinction sans équivoque de ces deux droits fondamentaux, en les isolant dans des articles distincts<sup>2049</sup>. Elle est favorisée par la mise en valeur de la protection de la vie privée au sein des objectifs de protection des droits fondamentaux dans les instruments communautaires relatifs aux données personnelles<sup>2050</sup>. Mais en aucune manière cette mise en valeur ne vaut affirmation de l'exclusivité de cet objectif, pas plus qu'elle ne fait coïncider les objectifs de la protection de la vie privée et ceux de la protection des données personnelles. Or, c'est bien ce qu'ont laissé entendre les juridictions communautaires tant dans le texte des arrêts rendus que dans le texte des conclusions des avocats généraux. De tels abus illégitimes, un temps non sanctionnés (b-1), ont récemment connu un coup d'arrêt dans la jurisprudence communautaire (b-2).

### *b-1) Des abus de langage illégitimes non sanctionnés*

Deux décisions de la CJCE révèlent le caractère commun et injustifiable de ces abus de langage.

La première affaire dans laquelle il est possible de noter un premier abus de langage, du reste assez largement répandu en doctrine, est l'arrêt précité *Bodil Lindqvist* du 6 novembre 2003. La question posée à la Cour était en substance celle de savoir si le fait d'inclure des données personnelles, dont certaines étaient sensibles car relatives à la santé, sur la page d'un site internet entraînait *ipso facto* application du régime spécial prévu par la directive 95/46 et relatif aux transferts internationaux de données personnelles. Dans cette affaire qui ne concernait que partiellement des atteintes à la vie privée des personnes dont des données avaient été mises en ligne sur ce site, la Cour a opéré une réduction abusive des objectifs en présence en considérant *contra legem* que l'objectif de la directive 95/46 était de « maintenir un équilibre entre la libre circulation des données à caractère personnel et la protection de la vie privée »<sup>2051</sup>.

2049 Dans son article 7 pour le droit au respect de la vie privée et dans son article 8 pour le droit de la protection des données personnelles.

2050 Voir ainsi les points 10 et 11 du préambule de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 : « (10) considérant que l'objet des législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel est d'assurer le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment du droit à la vie privée reconnu également dans l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans les principes généraux du droit communautaire; que, pour cette raison, le rapprochement de ces législations ne doit pas conduire à affaiblir la protection qu'elles assurent mais doit, au contraire, avoir pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté; (11) considérant que les principes de la protection des droits et des libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenus dans la présente directive précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ».

2051 Voir ainsi, outre les points 10 et 11 précités du préambule de la directive 95/46, son point 8 : « considérant que, pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel, le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de ces données doit être équivalent dans tous les États membres; que cet objectif, fondamental pour le marché intérieur, ne peut pas être atteint par la seule action des États membres, compte tenu en particulier de l'ampleur des divergences qui existent actuellement entre les législations nationales applicables en la matière et de la nécessité de coordonner les législations des États membres pour que le flux transfrontalier de données à caractère personnel soit réglementé d'une manière cohérente et conforme à l'objectif du marché intérieur au sens de l'article 7 A du traité; qu'une intervention de la Communauté visant à un rapprochement des législations est donc nécessaire ». La lecture combinée de ces trois dispositions révèle sans aucune ambiguïté l'objectif de protection des droits et libertés fondamentales au sens large dévolu au droit de la protection des données personnelles.

L'affaire *Commission c/ Allemagne* du 9 mars 2010<sup>2052</sup> constitue à cet égard une illustration frappante d'une telle dérive. A l'origine de cette affaire se trouve un recours en manquement de la Commission européenne à l'encontre de l'Allemagne au motif que cette dernière aurait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46 du 24 octobre 1995, en soumettant à la tutelle de l'État les autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données à caractère personnel dans le secteur privé dans les différents *Länder* et en transposant ainsi de façon erronée l'exigence de «totale indépendance» des autorités chargées de garantir la protection de ces données.

Ainsi que le rappelle Jan Mazak dans ses conclusions conformes sur cette affaire, « l'objet de la directive 95/46 est que les États membres, tout en permettant la libre circulation des données à caractère personnel, assurent la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement desdites données »<sup>2053</sup>. La formulation se retrouve telle quelle dans l'article 1<sup>er</sup> de la directive 95/46<sup>2054</sup> et définit ainsi clairement que l'objectif du droit de la protection des données personnelles est d'assurer la protection des libertés et droits fondamentaux au sens large, quand bien même la protection de la vie privée en constituerait un élément assez significatif pour être souligné.

L'abus de langage paraît évident lorsque l'on procède à la lecture successive des paragraphes 23 et 24 de la décision: « 23 Les autorités de contrôle prévues à l'article 28 de la directive 95/46 sont donc les *gardiennes des dits droits et libertés fondamentaux*, et leur institution, dans les États membres, est considérée, ainsi que le relève le soixante-deuxième considérant de cette directive, comme un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. 24 *Pour garantir cette protection*, les autorités de contrôle doivent assurer un juste équilibre entre, d'une part, le respect du droit fondamental à la vie privée et, d'autre part, les intérêts qui commandent une libre circulation des données à caractère personnel »<sup>2055</sup>.

La réduction du droit de la protection des données personnelles au droit au respect de la vie privée se retrouve également de manière plus ramassée dans les paragraphes 30 et 36 de cette décision, ce dernier paragraphe évoquant même « le rôle de gardiennes du droit à la vie privée qu'assument lesdites autorités »<sup>2056</sup>. Cette dernière phrase est exacte dans la mesure où ces autorités assurent cette protection, au même titre que d'autres droits fondamentaux. Mais il paraît foncièrement inexact d'en donner une formulation aussi abusive, et ce pour deux raisons: d'une part, parce que les objectifs de la protection des données personnelles, *a fortiori* du droit des données personnelles, ne se limitent pas à la protection de la vie privée (voir *infra*), d'autre part, parce que rien dans l'affaire en litige ne concernait spécifiquement des données pouvant être assimilées à la notion de vie privée.

En dépit de ces inexactitudes, de tels abus de langage, non sanctionnés, perdurent jusque dans la jurisprudence la plus récente de la CJUE<sup>2057</sup>, fondant ainsi une conception réductrice de la protection des données personnelles.

2052 CJUE, gr. ch., 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, Rec. 2010, p. I-01885.

2053 Conclusions de l'avocat général Jan Mazak dans *Commission c/ Allemagne*, précité, §2, souligné par nous.

2054 Directive 95/46, article 1<sup>er</sup> intitulé « objectifs »: « Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel (...) ».

2055 Souligné par nous.

2056 Expression fidèlement reprise dans CJUE, gr. ch., 16 octobre 2012, *Commission c/ Autriche*, aff. 614/10, Recueil numérique, §52.

2057 CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-288/12, non encore publié, §51.

## *b-2) Des abus de langage sanctionnés*

La complexité des relations entre le droit au respect de la vie privée et le droit de la protection des données personnelles implique d'adopter une formulation extrêmement précise afin d'éviter des contresens. Ce n'est que récemment que la CJUE a adopté une attitude plus ferme à l'égard de tels abus de langages.

Un premier exemple de répression de ce genre d'abus est perceptible dans l'affaire *Rijkeboer* du 7 mai 2009<sup>2058</sup>, dans laquelle la Cour a refusé d'adopter la formulation confuse de son avocat général pour lui préférer une expression plus sobre et plus pertinente. En effet, l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer considérait de manière tout à fait explicite que « la présente affaire ne concern[ait] pas deux droits fondamentaux, mais deux aspects d'un même droit », autrement dit « le droit fondamental à la protection de la vie privée et ses tensions internes »<sup>2059</sup>. Une telle position de principe, placée assez tard dans ses conclusions, ne fait elle-même que couronner un florilège de simplifications que l'on peut légitimement qualifier d'outrancières<sup>2060</sup>, quand elles n'aboutissent pas à des contresens<sup>2061</sup>.

Contre une telle dérive, la Cour a fait œuvre pédagogique en adoptant dans sa décision une démarche d'interprétation stricte des normes en cause. Elle rappelle ainsi dans le paragraphe 46 de sa décision que le droit de la protection des données personnelles a d'abord pour objet de protéger de manière générale les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques. Puis, elle identifie au paragraphe suivant au sein de cet ensemble innommé de droits et libertés la « protection de la vie privée », dont « l'importance (...) est mise en exergue ». Ces deux étapes préliminaires étant réalisées, à savoir celle de distinction du droit de la protection des données

2058 CJCE, 7 mai 2009, *Rijkeboer*, aff. C-553/07, Rec. 2009, p. I-03889.

2059 Conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 22 décembre 2008 dans l'affaire *Rijkeboer*, §25.

2060 Conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, précitées, §8: « Le droit fondamental au respect de la vie privée, en tant que principe général du droit communautaire, a trouvé une expression normative dans la directive 95/46 » ; de manière beaucoup plus frontale aux § 20 et 21: « 20. L'année 1995 a constitué un tournant avec l'adoption de la directive 95/46. La jurisprudence de la Cour en la matière, qui, jusqu'alors, suivait une approche éparsée et au cas par cas, a ainsi reçu un fondement plus solide, car la directive délimite de manière détaillée l'objet, les sujets, et les éventuels recours dont dispose une personne lorsque des informations la concernant circulent. Le dixième considérant de la directive 95/46 matérialise sa vocation d'instrument de protection des droits fondamentaux tels que reconnus par la CEDH et par les principes généraux du droit communautaire. L'arrêt *Österreichischer Rundfunk e.a.* a confirmé que la directive 95/46, tout en ayant pour objectif de garantir la libre circulation des données, présente également un aspect important de sauvegarde des droits fondamentaux.

21. En résumé, la directive 95/46 développe le droit fondamental à la protection de la vie privée, dans sa dimension relative au traitement automatisé des informations à caractère personnel ».

2061 Conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, précitées, §23: « L'article 8 de la charte met précisément en évidence deux aspects pertinents pour le litige au principal. Ces deux aspects se retrouvent dans les articles 6 et 12 de la directive 95/46. Il s'agit, d'une part, de l'obligation de suppression des données à l'issue d'un délai n'excédant pas celui nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées [article 6, paragraphe 1, sous e)] et, d'autre part, du droit d'accès sans contrainte aux informations portant sur les destinataires auxquels les données sont communiquées [article 12, sous a)]. Comme la charte reprend ces aspects et les intègre dans la substance du droit fondamental à la protection de la vie privée, la question préjudicielle du *Raad van State* requiert une mise en balance des intérêts afin de parvenir à une solution rationnelle qui aménage ces dispositions dans le cadre constitutionnel qui leur correspond ». Une telle position revient à méconnaître la réalité du droit nettement affirmée par la Charte des droits fondamentaux de l'UE: le droit au respect de la vie privée (article 7) est distinct du droit de la protection des données personnelles (article 8), la Charte n'établissant en elle-même aucun lien ou rapport de subordination entre ces deux articles.

personnelles du droit au respect de la vie privée d'une part, de reconnaissance de la mise en valeur de ce dernier au sein des objectifs du premier d'autre part, la Cour retient dans le paragraphe 49 une formulation pertinente de la relation logique entre ces deux droits: « ce droit au respect de la vie privée implique que la personne concernée puisse s'assurer que ses données à caractère personnel sont traitées de manière exacte et licite, c'est-à-dire, en particulier, que les données de base la concernant sont exactes et qu'elles sont adressées à des destinataires autorisés ». La pertinence de cette relation provient d'un descriptif neutre de leur relations, et notamment de la relation de dépendance du droit au respect de la vie privée à l'égard des garanties spécifiques offertes par le droit de la protection des données personnelles.

Pour autant, la répression de ces abus de langage opérée dans cette décision peut paraître modeste, eu égard à son destinataire naturel (l'avocat général) et eu égard à la méthode employée (une analyse littérale du droit positif). Elle l'est surtout au regard de la méthode choisie par la CJUE dans un arrêt plus récent, dans laquelle cette juridiction corrige un abus de langage aussi injustifiable commis cette fois ci aussi bien par le Tribunal de Première Instance, dont elle annule la décision, que par son avocat général, dont elle ne suit pas les conclusions.

En effet, dans l'affaire *Bavarian Lager*<sup>2062</sup>, le TPI s'est basé sur une interprétation des relations entre protection des données personnelles et protection de la vie privée qui apparaît critiquable dans l'absolu, mais justifiable eu égard aux circonstances de l'affaire qui l'a vu naître. Ainsi, sur la base des conclusions précitées de l'avocat général Philippe Léger sous l'affaire *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne* du 30 mai 2006, le TPI a considéré que le droit de la protection des données personnelles ne constituait qu'un aspect de la protection de la vie privée<sup>2063</sup>. Or, cette considération a eu un impact déterminant sur la décision rendue par le tribunal.

Un rappel des faits de l'espèce s'impose. Le point de départ de l'affaire concerne une procédure de manquement diligentée par la Commission à l'encontre du Royaume-Uni à propos d'une réglementation relative à la bière dans cet État. A cette occasion, la Commission avait convié à une réunion les représentants des ministères britanniques concernés ainsi que la confédération des brasseurs du marché commun. La société *The Bavarian Lager* n'a pas été conviée à participer à cette réunion mais a demandé à la Commission la communication de son projet d'avis motivé. C'est le refus de la communication de ce document qui a fait l'objet d'un pourvoi devant le TPICE. Entre autres arguments, la Commission soutenait que ce refus de communication d'un document administratif de l'Union trouvait sa justification dans l'exception au droit d'accès aux documents administratifs des institutions communautaires prévu par le règlement (CE) n° 1049/2001. En effet, ce dernier, dans son article 4, paragraphe 1, sous b), prévoit une exception à l'exercice de ce droit dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection « de la vie privée et de l'intégrité de l'individu, notamment en conformité avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel ». La Commission estimait que la divulgation des noms des

2062 SIMON Denys, « Accès à des données nominatives et respect de la confidentialité de la vie privée », note sous TPICE, 8 novembre 2007, affaire T-194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd*, *Europe*, janvier 2008, comm. 3, pp. 12-13.

2063 TPI, 8 novembre 2007, *Bavarian Lager c/ Commission*, aff. T-194/04, Rec. 2007, p. II-04523, §118: « Il y a également lieu de souligner que le fait que la notion de « vie privée » soit large, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et que le droit à la protection des données à caractère personnel puisse constituer l'un des aspects du droit au respect de la vie privée (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt *Parlement/Conseil et Commission*, précitées, point 209), ne signifie pas que toutes les données à caractère personnel entrent nécessairement dans la notion de « vie privée » ».

participants constituait une violation de leur vie privée.

Le TPI a interprété cette exception d'une manière extrêmement restrictive, en opérant qu'une partie du double contrôle de conformité aux droits fondamentaux européens et communautaires. En effet, il s'est contenté d'apprécier cette exception à l'aune exclusive de l'obligation implicite pour l'UE de respecter le droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la CESDH, sans l'apprécier à l'aune de « la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel », pourtant explicitement visée par l'exception. Dans ces conditions, le Tribunal a considéré que l'exception soulevée par la Commission à l'accès au document administratif incriminé ne se justifiait pas dans la mesure où ce dernier ne comportait, au sens de l'article 8 de la CESDH et de la jurisprudence de la CEDH, aucune information dont la violation serait susceptible de violer la vie privée<sup>2064</sup>. Partant, il a donné raison à la requérante en annulant le refus de communication opposé par la Commission.

Cette décision a été annulée par la CJUE en Grande chambre le 29 juin 2010 dans sa décision *Commission européenne c/ The Bavarian Lager Co. Ltd*<sup>2065</sup> au motif que « le Tribunal limite l'application de l'exception prévue à cette disposition aux situations où la vie privée ou l'intégrité de l'individu serait violée au sens de l'article 8 de la CESDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sans prendre en compte la législation de l'Union relative à la protection des données à caractère personnel, notamment le règlement n° 45/2001 »<sup>2066</sup>. Ce faisant, pour la Cour, le Tribunal « méconnaît le libellé de l'article 4, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 1049/2001, qui est une disposition indivisible et exige que l'atteinte éventuelle à la vie privée et à l'intégrité de l'individu soit toujours examinée et appréciée en conformité avec la législation de l'Union relative à la protection des données à caractère personnel, et ce notamment avec le règlement n° 45/2001 »<sup>2067</sup>. Elle en conclut à l'annulation du jugement attaqué en tant qu'il annule la décision litigieuse de refus de communication de la Commission, traduisant « une volonté d'autonomisation du droit communautaire de la protection des données par rapport à l'article 8 de la CESDH et à la jurisprudence s'y rapportant »<sup>2068</sup>.

2064 TPI, 8 novembre 2007, *Bavarian Lager c/ Commission*, précit., § 131 « En effet, s'il ne saurait être exclu a priori que la notion de vie privée recouvre certains aspects de l'activité professionnelle de l'individu, cela ne saurait néanmoins signifier que toute activité professionnelle se trouve globalement et nécessairement couverte par la protection du droit au respect de la vie privée. Or, le Tribunal considère que, dans les circonstances de l'espèce, la seule participation d'un représentant d'une entité collective à une réunion tenue avec une institution communautaire ne relève pas de la sphère de sa vie privée, de sorte que la divulgation d'un procès-verbal faisant état de sa présence à ladite réunion ne saurait constituer une ingérence dans sa vie privée ».

2065 CJUE, gr. ch., 29 juin 2010, *Commission c/ Bavarian Lager*, précit. ; KAUFF-GAZIN Fabienne, note sous CJUE, grande chambre, 29 juin 2010, aff. C-28/08 P, *Commission c/ The Bavarian Lager Co Ltd*, *Europe*, octobre 2010, pp. 12-13.

2066 CJUE, gr. ch., 29 juin 2010, *Commission c/ Bavarian Lager*, précit., §58.

2067 *Ibid.*, §59.

2068 KAUFF-GAZIN Fabienne, note sous CJUE, grande chambre, 29 juin 2010, aff. C-28/08 P, *Commission c/ The Bavarian Lager Co Ltd*, *Europe*, octobre 2010, p. 13.

## Conclusion du chapitre 1:

L'isolation clinique d'une partie du droit des données personnelles centrée sur la défense de la personne fichée trouve son origine dans la recherche d'effectivité du droit au respect de la vie privée en droit international. L'attraction de cette fraction du droit des données par le droit au respect de la vie privée a été considérablement facilitée à la fois par le champ d'action commun de ces deux droits, tel que révélé par le recoupement entre la notion européenne de vie privée et le domaine couvert par les notions de donnée sensible et de donnée personnelle, et par l'attractivité même éprouvée par les cours européennes pour les instruments spécifiques au droit des données comme normes d'interprétation du droit au respect de la vie privée.

Cette recherche d'effectivité du droit au respect de la vie privée aboutit à faire du droit des données personnelles une garantie satellite<sup>2069</sup>. Elle entraîne, ce faisant, une orientation dans la lecture que l'on peut faire des buts du droit des données personnelles, en mettant en lumière de manière particulièrement insistante sa fonction de protection de la personne fichée.

Cette première association à la protection des droits et libertés fondamentales de la personne fichée semble trouver son point d'orgue dans la consécration d'un droit à la protection des données personnelles dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cette étape achève le processus d'isolation clinique au sein du droit des données personnelles du seul droit de la protection des données personnelles. Pourtant, dans le même temps, cette étape permet également de détacher totalement ce droit de la protection des données personnelles du droit au respect de la vie privée. Mais ce résultat implique de lutter contre les apparences, pour chercher précisément quelles sont la fonction et les modalités d'action du droit des données personnelles à l'égard des droits et libertés de la personne fichée. Il s'agit alors de définir ce qui distingue le droit de la protection des données personnelles du droit à la protection de la vie privée.

2069 Pour un tel exemple de satellisation du droit des données personnelles autour du droit au respect de la vie privée, y compris au sein d'une Charte des droits fondamentaux qui prend pourtant bien soin de distinguer les deux, voir MARINO Laure et PERRAY Romain, « Les nouveaux défis du droit des personnes: la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD Judith (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ – Lextenso éditions, 2010, p. 67 : Le droit à la protection des données personnelles constitue une garantie « consacrée comme une liberté fondamentale en Europe, par interprétation de l'article 8 de la Convention EDH, et dans l'Union européenne, par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux ».

## Chapitre 2 – La non-réductibilité de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée

S'il existe des points, nombreux, de convergence entre protection de la vie privée et protection des données personnelles, les deux ne peuvent être totalement assimilées. La première recoupe, dans le cadre de sa dimension sociale et non purement personnelle, un certain nombre d'intérêts également garantis par la protection des données personnelles, mais n'épuise pas l'étendue des garanties que cette dernière apporte à la pérennité d'un régime démocratique.

En effet, un des fondements de la liberté de traitement des données personnelles est cette exigence propre à toute institution de pouvoir se gérer sans contraintes afin d'être un minimum efficace, donc pérenne. Le développement des théories de l'information et des sciences de l'organisation au sortir de la seconde guerre mondiale a conduit à systématiser une telle exigence, par la reconnaissance théorique de l'importance de la gestion de l'information dans un groupe. Cette dynamique d'ensemble a encouragé le développement d'une conception technocratique<sup>2070</sup> de l'exercice du pouvoir. Cette dernière s'inscrit dans l'esprit des œuvres de Saint-Simon et d'Auguste Comte, que l'on peut résumer par la formule célèbre de ce dernier : « Le gouvernement des choses remplace celui des hommes »<sup>2071</sup>. Dans cette forme de gouvernement<sup>2072</sup>, la légitimité administrative éclipse la légitimité politique et devient la seule finalité du gouvernement. Elle constitue une fin en soi, alors qu'elle n'était conçue initialement, lorsque le pouvoir royal en France a développé la Police partir du XVI<sup>ème</sup> siècle, que comme un complément de la légitimité politique<sup>2073</sup>. Dans l'optique d'un tel gouvernement scientifique, lorsqu'une norme est édictée, « c'est alors qu'il y a vraiment loi, en politique, dans le sens réel et philosophique attaché à cette expression par Montesquieu »<sup>2074</sup>, c'est à dire au sens où « les lois ; dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses »<sup>2075</sup>.

Le succès de ces théories, et surtout de leur mise en pratique au travers de la consécration

2070 MATTEI Jean-François, « L'État moderne et l'inflation de la technocratie », in GOYARD-FABRE Simone, *L'État au XX<sup>ème</sup> siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Vrin, 2004. Selon cet auteur, le terme de « technocratie » n'est apparu en France qu'à partir de la traduction de 1947 de *The Managerial Revolution* de John Burnham, plus connu chez nous sous le titre *L'ère des organisateurs*. La voie tracée par cet auteur d'une évolution de la société, à partir de convergences observées avant la seconde guerre mondiale entre les évolutions des États-Unis, de l'Allemagne hitlérienne et de l'URSS, conduisant à mettre au pouvoir non pas des politiques mais des « organisateurs » d'un nouveau genre, les *manager*, « faisait pendant, en un mode pessimiste, à l'analyse pleine d'espoir de Saint-Simon un siècle plus tôt. En 1830 déjà, le Catéchisme des industriels prévoyait la constitution d'une société nouvelle formée par l'association des industriels, (...), selon un mode de compétence technique reconnu, et administrée par un gouvernement de savants, de chefs d'industrie et d'artistes » (p. 291). Pour une approche spécifiquement centrée sur l'informatique, voir JAMOUS Haroun et GREMION Pierre, *L'ordinateur au pouvoir. Essai sur les projets de rationalisation du gouvernement et des hommes*, Seuil, 1978.

2071 COMTE Auguste, *Système de politique positive*, 3<sup>ème</sup> cahier du « Catéchisme des industriels » in *Œuvres de Saint-Simon*, huitième volume, E. Dentu, 1875, rééd *Œuvres de Claude-Henri de Saint-Simon*, Tome IV, éditions anthropos, 1966, p. 131.

2072 Pour autant qu'il est possible de considérer la technocratie comme une forme de gouvernement. Nous employons cette expression à défaut d'une autre qui serait plus appropriée.

2073 Voir *supra*, Introduction générale, chapitre 3, les références à l'ouvrage précité de Paolo Napoli.

2074 COMTE Auguste, *op. cit.*, p. 131.

2075 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, nouvelle édition, Londres, 1767, Tome 1, Livre I, chapitre premier, p.1.

d'une liberté très étendue de traitement des données personnelles, aboutit certes à ce que l'exercice du pouvoir soit, globalement, plus rationnel et plus efficace qu'il ne l'était durant les siècles précédents. Mais cette rationalité et cette efficacité, poussées dans leurs conséquences ultimes, remettent en cause les présupposés de base conditionnant l'existence même d'un régime démocratique.

En effet, la démocratie apparaît comme « indissolublement liée à l'idée de liberté »<sup>2076</sup>. La liberté qu'évoque Georges Burdeau comme étant à la base du phénomène démocratique n'est pas cette liberté des anciens consistant à participer aux affaires de la Cité mais cette liberté des modernes que nous connaissons mieux sous le terme d'autonomie individuelle. En effet, pour cet auteur, « la liberté politique n'est pas une fin en soi »<sup>2077</sup>, elle ne constitue qu'un moyen au service d'une finalité : la réalisation de l'idéologie libérale<sup>2078</sup>. Il résulte de cette conception que la protection de cette « liberté-autonomie » constitue la première et dernière ligne de défense de l'idéal démocratique. Cette liberté se définit comme « une prérogative inhérente à tout être humain et grâce à laquelle il doit être en mesure d'assumer son destin (...) [,qui] se traduit par l'absence de contrainte, par le sentiment d'une indépendance tant physique que spirituelle »<sup>2079</sup>.

Or, cette liberté des Modernes, condition de la démocratie, est menacée par une liberté non réglementée de traitement des données personnelles. Au sein du droit des données personnelles, le droit relatif à la protection des données personnelles constitue alors une garantie d'un régime démocratique à deux égards : d'une part, en constituant une garantie de la dignité de la personne humaine face aux risques de réification encouragés par le développement technologique (Section 1) ; d'autre part, en assurant une fonction de garantie face à l'arbitraire des personnes publiques ou privées, accru par le développement de ces mêmes technologies (Section 2).

2076 BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Tome V – Les régimes politiques*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1985, p. 520. Cet auteur précise, à la suite, que « sa définition la plus simple, le gouvernement du peuple par le peuple, n'acquiert son plein sens qu'en considération de ce qu'elle exclut : le pouvoir d'une autorité qui ne procéderait pas du peuple. Il apparaît ainsi que la démocratie est d'abord un système de gouvernement qui tend à inclure la liberté dans les relations de commandement à obéissance inséparables de toute société politiquement organisée. L'autorité y subsiste sans doute, mais elle est aménagée de telle sorte que, fondée sur l'adhésion de ceux qui lui sont soumis, elle demeure compatible avec leur liberté »

2077 *Ibid.*, p. 520.

2078 *Ibid.*, p. 521 : « Entendu comme instrument de la liberté, la démocratie apparaît dès lors comme inséparable de la philosophie libérale. Les droits qu'elle protège sont des facultés que l'individu doit à sa nature ; il lui appartient de les réaliser. Tout le système gouvernemental doit donc être aménagé de manière que le Pouvoir ne puisse entraver cette entreprise. Le droit politique s'adosse à la liberté individuelle, il ne se justifie que par elle et n'a d'autre objet que d'assurer son épanouissement ».

2079 *Ibid.*, p. 520.

## Section 1 – La protection des données personnelles, garantie de la dignité de la personne humaine

Le lien entre protection des données personnelles et dignité ne va pas forcément de soi et, de ce fait, est plutôt rare en droit positif comme en doctrine.

Ainsi, en droit international général, ce lien ne figure que dans un instrument de droit mou, le recueil de directives pratiques du Bureau International du Travail (BIT) consacré à la *Protection des données personnelles des travailleurs*, ces directives étant commentées par cette institution article par article. Le commentaire de l'article 1<sup>er</sup> valant Préambule propose explicitement de définir la dignité comme objectif global du droit de la protection des données personnelles<sup>2080</sup>.

Cette approche originale des fondements de ce droit est tout aussi rare en droit interne. Absente du droit positif, elle n'a été consacrée à notre connaissance de manière explicite que dans une seule analyse doctrinale, relative au droit social. Ainsi, dans une perspective de droit interne, un auteur estime que la la dignité opère implicitement à deux égards : en matière de surveillance des salariés et de contrôle de leur apparence. Dans le premier cas, il fait le lien entre dignité et loyauté et dans le second, entre dignité et identité<sup>2081</sup>.

Le rapport entre la protection des données personnelles et le principe de dignité est surtout affirmé dans les ordres juridiques d'États étrangers disposant d'un niveau d'exigence comparable à celui existant en France. Ainsi, cette conception est d'abord le fait de la Cour constitutionnelle allemande et se trouve relayée en droit français et en droit européen par les doctrines française<sup>2082</sup> et belge francophone<sup>2083</sup>. La Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe a ainsi déduit en 1983<sup>2084</sup> de l'article 2 I GG en combinaison avec l'article 1 I GG protégeant respectivement la

2080 BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Recueil de directives pratiques du BIT, Organisation internationale du travail, 1997, p. 17: « Le rassemblement d'un grand nombre de données et les usages très divers qui en sont faits ont pour effet non seulement de multiplier les risques d'erreurs ou de méprises, mais aussi de permettre une surveillance étroite des personnes concernées et de renforcer la propension à influencer, voire à manipuler, leur comportement. Moins les personnes concernées en savent sur la personne qui traite les données, sur la nature de ces données et sur les raisons de ce traitement, moins elles sont en mesure d'évaluer leur situation personnelle ainsi que d'affirmer et de défendre leurs intérêts: en bref, elles ont du mal à déterminer leur propre devenir. La définition des principes qui doivent régir le traitement des données personnelles répond donc à la nécessité de protéger la dignité humaine ».

2081 DE TISSOT Olivier, « Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », *Droit social*, n° 12, décembre 1995, pp. 972-977.

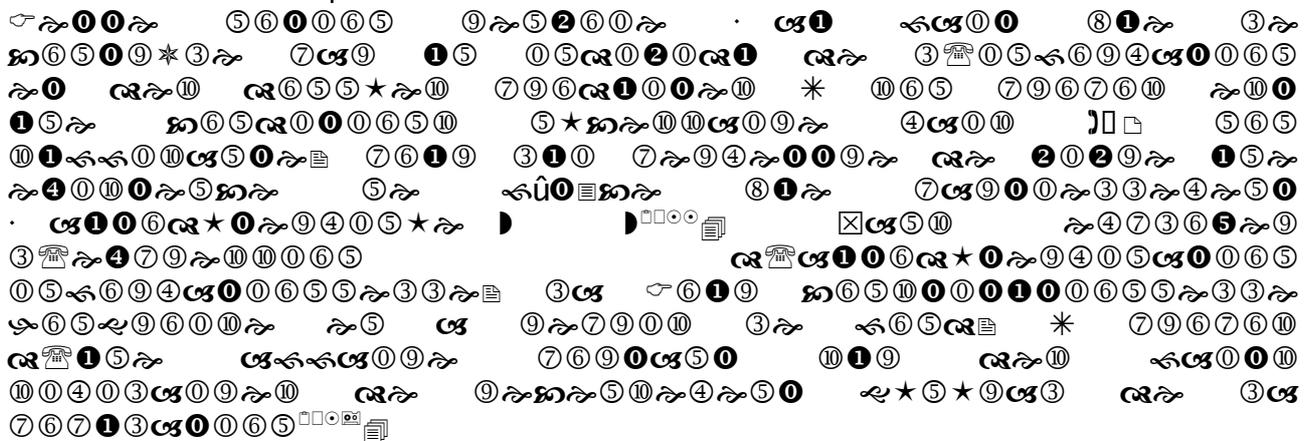
2082 Pour l'introduction de cette conception en droit français, voir MARLAC-NEGRIER Claire, *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, Tome 2, thèse, PUAM, 2001, p. 720.

2083 POULLET Yves, DINANT Jean-Marc et DE TERWANGNE Cécile, *L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet*, Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunications, Conseil de l'Europe, 2004, disponible sur le site [www.coe.int/DefaultFR.asp](http://www.coe.int/DefaultFR.asp).

2084 Cette décision constitue l'aboutissement d'un mouvement de contestation populaire né en Allemagne en 1982, lorsque le parlement allemand a décidé unanimement de la réalisation d'un recensement général de la population au jour du 27 avril 1983. Outre une multitude de manifestations et d'actions diverses, un recours a été déposé en appréciation de la constitutionnalité de cette loi. Dans l'arrêt faisant suite à ce recours, le droit de la protection des données personnelles fait l'objet d'une consécration originale de la part de la Cour constitutionnelle allemande en ce qu'elle dépasse la seule référence au droit au respect de la vie privée et implique le recours au principe de dignité de la personne humaine.

Pour une présentation plus approfondie de l'arrêt, voir BURKERT Herbert, « Le jugement du Tribunal Constitutionnel fédéral allemand sur le recensement démographique et ses conséquences », *Droit de l'Informatique*, 1984, n°1, pp. 8-16. Voir également RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, pp. 587-592.

personnalité et la dignité dans la Constitution allemande<sup>2085</sup> « le pouvoir reconnu à l'individu et résultant de la notion d'autodétermination, de décider en premier lieu lui-même quand et dans quelle mesure des faits relatifs à sa propre existence sont divulgués »<sup>2086</sup>. Ce démembrement du droit de la personnalité se traduit en français indifféremment par les expressions « droit à la maîtrise des données personnelles » ou « droit à l'autodétermination informationnelle »<sup>2087</sup>.



Or, malgré la rareté de son évocation en droit, ce lien entre protection des données personnelles et protection de la dignité de la personne humaine paraît davantage fécond que celui entre la protection de ces mêmes données et celle de la vie privée. En effet, les TIC puis les NTIC ont nettement accru les risques d'atteinte à la dignité de la personne humaine à deux égards : d'une part, en augmentant les risques de discrimination de la personne fichée (§1), d'autre part, en faisant perdre à tout un chacun la maîtrise qu'il peut avoir sur les informations le concernant, aboutissant à un véritable déterminisme informationnel (§2).

## §1 – La protection des données personnelles, garantie contre la discrimination

La notion de discrimination ressort du principe de dignité de la personne humaine en ce qu'elle porte atteinte à l'égalité de droit, à l'égalité de jouissance de droit. C'est la raison pour laquelle le

2085 Loi Fondamentale allemande, article 1, 1: « Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. » (La dignité de la personne humaine est intangible. Elle doit être respectée et protégée par toutes les personnes publiques) et article 2, 1 : « Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt » (Chacun a le droit au libre développement de sa personnalité pour autant qu'il ne viole pas les droits d'autrui ou ne contrevient pas à l'ordre constitutionnel ou à l'ordre public).

2086 BverfGE 65, 1, 42.

2087 De l'allemand « Recht auf informationelle Selbstbestimmung », BverfGE 65, 1, 43.

2088 POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 171. La doctrine a explicité cette notion. Voir ainsi SIMITIS Spiros, Quatre hypothèses et quatre dilemmes – Quelques propos sur l'état actuel de la protection des données personnelles des salariés, *Droit social*, n° 1, janvier 2002, p. 89: « Pour reprendre les termes de la Cour fédérale constitutionnelle allemande dans son arrêt de 1983 concernant le recensement : un individu qui ne sait pas qui traite ses données, dans quelles circonstances, à l'aide de quels moyens et pour quels buts, renoncera tôt ou tard à l'exercice de ses droits fondamentaux. Pour la Cour, la protection des données personnelles est donc une condition primordiale de la capacité de l'individu de communiquer et de participer ».

2089 Cour constitutionnelle hongroise, 9 avril 1991, Décision n° 15/1991, IV. 13, AB, Recueil ABH 1991, 40, in BON Pierre et MAUS Didier, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 269-270.

Code pénal comporte, depuis 1993, un chapitre intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne humaine » et dont les dispositions répriment notamment la discrimination. Ainsi, « l'égalité de tous les hommes fonde l'égalité de tous »<sup>2090</sup>.

Au travers de la notion de donnée sensible, le droit de la protection des données personnelles constitue une garantie du principe de non-discrimination (A). Cette relation entre protection des données personnelles et non-discrimination fait l'objet d'une attraction implicite au sein de la notion de vie privée (B).

### *A/ Une garantie du fait de la notion de donnée sensible*

En matière de protection des données personnelles, le principe de non discrimination a été pour ainsi dire filtré, épuré et comme concentré dans la notion de donnée sensible. La spécification de ces données n'a en effet de sens qu'au regard d'une finalité, *a priori* proscrite, de discrimination.

En droit international, le lien privilégié entre protection des données personnelles et principe de non discrimination est consacré de manière explicite par l'ONU<sup>2091</sup> et le BIT<sup>2092</sup> relatifs au droit des données personnelles, mais il s'agit d'instruments de « droit mou ». La consécration par des instruments dotés d'une véritable portée juridique n'est pas forcément rare mais est surtout implicite. Une telle consécration est implicite dès lors qu'un instrument relatif aux données personnelles consacre des dispositions à la définition des données sensibles, et ils le font tous systématiquement, au travers de l'énumération des types de donnée sensibles dont le traitement est par principe interdit<sup>2093</sup>.

2090 MAURER Béatrice, *Le principe de dignité de la personne humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, CÉric-La Documentation française, 1999, p. 50.

2091 Il est ainsi d'abord consacré dans les principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel, adoptés le 14 décembre 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/95 du 14 décembre 1990. Ces derniers énoncent dans leur article 5 intitulé « Principe de non-discrimination » que : « Sous réserve des cas de dérogations limitativement prévus sous le principe 6, les données pouvant engendrer une discrimination illégitime ou arbitraire, notamment les informations sur l'origine raciale ou ethnique, la couleur, la vie sexuelle, les opinions politiques, les convictions religieuses, philosophiques ou autres, ainsi que l'appartenance à une association ou un syndicat, ne devraient pas être collectées ».

2092 Bureau International du Travail, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Recueil de directives pratiques du BIT, Organisation internationale du travail, 1997, p. 4, article 5.10: «Le traitement des données personnelles ne devrait pas entraîner une discrimination illégale dans l'emploi ou la profession ». Voir également, et de manière plus précise, p. 6, dans son article 6.5 relatif à l'interdiction pour l'employeur de collecter des données concernant la « vie sexuelle des travailleurs », les « opinions politiques, religieuses ou autres des travailleurs » et les « condamnations pénales des travailleurs ». Le BIT propose également de réserver le même sort aux « données personnelles concernant l'appartenance ou l'activité syndicale d'un travailleur » dans l'article 6.6 et aux données médicales dans l'article suivant, sous réserve du respect d'obligations légales.

2093 Il en va ainsi dans l'article 8 de la directive 95/46/CE, qui dispose que: « Les États membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle » ; mais également dans l'article 6 de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe disposant que : «Les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées. Il en est de même des données à caractère personnel concernant des condamnations pénales ».

En vérité, la seule consécration explicite du rôle du droit de la protection des données personnelles comme garantie du principe d'égalité provient de la décision *Huber* du 16 décembre 2008<sup>2094</sup>. Dans cet arrêt, le droit fondamental que le requérant prétendait voir lésé par un fichier des étrangers tenu par l'Allemagne n'était pas le respect de sa vie privée mais le principe de non-discrimination tel que consacré en droit de l'Union. Dès lors, le contrôle du juge a porté sur une appréciation combinée des dispositions propres à ce principe ainsi qu'à celles du droit des données personnelles. En effet, le juge a considéré qu'« Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'un système de traitement de données à caractère personnel relatives aux citoyens de l'Union non-ressortissants de l'État membre concerné tel que celui mis en place par l'AZRG et ayant pour objectif le soutien des autorités nationales en charge de l'application de la réglementation sur le droit de séjour *ne répond à l'exigence de nécessité prévue à l'article 7, sous e), de la directive 95/46, interprété à la lumière de l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité*, que : – s'il contient uniquement les données nécessaires à l'application par lesdites autorités de cette réglementation, et – si son caractère centralisé permet une application plus efficace de cette réglementation en ce qui concerne le droit de séjour des citoyens de l'Union non-ressortissants de cet État membre »<sup>2095</sup>.

En droit interne, la loi dite « informatique et libertés » consacre de manière implicite la protection des données personnelles comme une garantie du principe d'égalité. Dans sa version actuellement en vigueur, elle dispose en effet dans son article 8, alinéa 1, qu'« Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ». Certes, elle n'indique pas explicitement que cette interdiction a pour but de protéger le principe de non discrimination. Mais lorsque l'on compare le type des données dites sensibles avec la liste établie par le professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien des cinq motifs de discrimination proscrits par la Constitution, le doute n'est plus permis tant il recouvre presque exactement le champ couvert par ces motifs<sup>2096</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence administrative conforte et complète de manière explicite cette première consécration législative. En effet, dans un arrêt *Mechri* du 28 juillet 2004, le Conseil d'État confirme le fait que la protection des données personnelles vise à garantir le principe d'égalité, et complète la liste des informations personnelles susceptibles de servir de support à une discrimination, en y incluant les données de nature patrimoniale<sup>2097</sup>.

2094 CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Huber*, précit..

2095 CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Huber*, précit., §66 (souligné par nous).

2096 Voir *supra*: Il distingue « une série de cinq motifs de discrimination expressément interdits par la Constitution: ceux fondés sur l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe », en ajoutant toutefois que cette liste ne lui paraît pas indicative.

2097 CE 28 juillet 2004, *M. Mechri*, n° 262851 ; DONNAT François, conclusions sous CE, 28 juillet 2004, n° 262851, *Mechri*, *AJDA*, 2004, n° 40, pp. 2228-2232. A l'origine de cette affaire se trouve un requérant qui avait eu l'idée de collecter des données personnelles relatives aux impayés locatifs afin de nourrir un fichier qu'il aurait tenu, moyennant finance, à la disposition des professionnels de la location immobilière. Il a déclaré ce traitement à la CNIL, qui lui a délivré son récépissé mais lui a également adressé une lettre s'analysant comme une mise en demeure de conformer les usages de ce fichier aux exigences du droit de la protection des données personnelles. Cette lettre a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État, qui a considéré qu'en l'état, ce fichier comportait des « risques de discrimination et d'atteinte à la vie privée » justifiant ainsi pleinement la mise en demeure de la CNIL et le rejet subséquent de la requête de M. Mechri.

Faisant l'objet d'une consécration toute particulière en droit constitutionnel<sup>2098</sup>, le principe d'égalité a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme faisant plus précisément partie des droits et libertés garantis par la protection des données personnelles. Une telle reconnaissance paraît logique au regard de la disposition législative spécifique au droit des données personnelles prohibant, sauf motif impérieux, tout traitement de données sensibles<sup>2099</sup>. Encore fallait-il que le lien juridique soit établi entre ces dispositions infra-constitutionnelles et les normes constitutionnelles. C'est chose faite depuis la décision n° 2007-557DC du 15 novembre 2007 portant sur la loi relative à l'immigration et à l'asile. En effet, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette loi<sup>2100</sup>, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution, sous certaines réserves, l'article 13 de la loi relatif aux tests ADN et a censuré son article 63 relatif aux statistiques ethniques. Ce dernier, issu d'un amendement d'origine parlementaire directement inspiré d'une recommandation de la CNIL en date du 16 mai 2007<sup>2101</sup>, avait été adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture et aboutissait à la modification du II de l'article 8 et du I de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Sur le fond, cet article instaurait en droit français la possibilité de réaliser des traitements de données personnelles faisant apparaître directement ou indirectement les origines ethniques ou raciales des personnes, dans le cadre d'études sur la mesure de la diversité des origines, de la discrimination et de l'intégration.

A l'issue de son contrôle, le Conseil constitutionnel a estimé que de tels traitements ne peuvent porter que sur des données objectives, faute de quoi le principe énoncé à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution serait méconnu. Dès lors, il a censuré la possibilité de faire apparaître des données ne présentant pas un tel caractère d'objectivité telles que l'origine ethnique ou la race<sup>2102</sup>. Dans cette décision, le Conseil établit un lien implicite entre protection des données personnelles et principe

2098 L'article 1er de la constitution de 1958 synthétise toutefois cette abondance, en énonçant que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Pour une vision plus approfondie du principe, voir MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Le droit à l'égalité », in FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENA-SOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PIN Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009, p. 386. L'auteur y distingue deux catégories d'instruments constitutionnels consacrés au principe d'égalité: ceux indiquant « précisément quelles sont les discriminations que le législateur ne peut établir sans justification » et ceux qui « s'attachent simplement à définir des domaines dans lesquels l'égalité a vocation à s'appliquer ». Il distingue ainsi au sein des instruments de première catégorie « une série de cinq motifs de discrimination expressément interdits par la Constitution: ceux fondés sur l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe », en ajoutant toutefois que cette liste ne lui paraît pas définitive.

2099 Loi du 6 janvier 1978, dans sa version actuellement en vigueur, articles 8 et 9.

2100 Décision précitée n° 2007-557DC 15 novembre 2007.

2101 A cet égard, voir notamment VERPEAUX Michel, Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge, A propos de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *JCP/ La Semaine Juridique – Edition générale*, n° 1, 2 janvier 2008, p. 23 ; et TURPIN Dominique, La décision n° 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau, *Rec. Dalloz*, 2008, n° 24, p.1642.

2102 Décision précitée n° 2007-557DC 15 novembre 2007, §29: « Considérant que, si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ». Le commentaire anonyme de la décision aux cahiers du Conseil constitutionnel approfondit la notion de données objectives, en classant dans cette rubrique le nom, l'origine géographique ou la nationalité antérieure à la nationalité française. En revanche, le commentateur anonyme considère que le juge constitutionnel n'a pas proscrit tout recours à des données subjectives et estime que n'encourrait pas une telle censure des traitements de données personnelles fondées sur le « *ressenti d'appartenance* », c'est-à-dire in fine sur une donnée subjectivement perçue non par autrui mais par la personne dont les données font l'objet d'un traitement. Cette opinion n'est en rien relayée par le texte de la décision.

d'égalité inscrit à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution. En estimant que des traitements de données peuvent porter atteinte à ce principe, et non uniquement à la vie privée, il révèle de manière effective sur le plan constitutionnel les virtualités contenues sur le plan législatif par l'ambitieux article 1<sup>er</sup> de la loi informatique et libertés<sup>2103</sup>.

### *B/ Une garantie pour partie seulement assimilée par la protection de la vie privée*

Dans sa relation avec le droit de la protection des données personnelles, le principe de non-discrimination subit l'attraction du droit au respect de la vie privée tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg, brouillant une fois de plus la distinction entre ces deux droits distincts.

Cette relation entre protection des données personnelles et non-discrimination fait l'objet d'une attraction assez naturelle au sein de la protection de la vie privée qui s'explique par le fait que le principe de non-discrimination constitue un filigrane dans la jouissance et l'exercice de l'ensemble des droits et libertés fondamentales<sup>2104</sup>.

Ce rôle particulier explique que, très tôt dans la jurisprudence de la CEDH, le principe de non-discrimination a été reconnu comme n'ayant pas « d'existence indépendante en ce qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14, les « droits et libertés reconnus dans la Convention » ». Dès lors, « une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire »<sup>2105</sup>. Ainsi, « n'étant pas un droit « en soi », le droit à la non-discrimination voit (...) son applicabilité subordonnée au rattachement du grief de discrimination à l'un des droits garantis par la Convention ou ses protocoles »<sup>2106</sup>.

Cette omniprésence, ordinairement discrète car implicite à la jouissance et à l'exercice de tout droit ou liberté, peut se faire à l'occasion plus explicite dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ainsi, dans son arrêt du 23 juillet 1968 rendu dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, la CEDH indique dans un premier temps qu'« une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire ». Elle précise dans un second temps que « tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits et

2103 Au terme duquel : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

2104 Ainsi, la Charte des Nations Unies énonce dans son article 1<sup>er</sup>, au titre des buts de l'Organisation, le développement et l'encouragement du « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » ; la CESDH énonce dans son article 14 que : « La jouissance des droits et libertés reconnues dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Dans le même ordre d'idée, le 12<sup>ème</sup> protocole signé à Rome le 4 novembre 2000, non encore ratifié par la France, énonce que « la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée sans discrimination » et que « Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit ».

2105 CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (dite linguistique belge), précité, §9.

2106 SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, 5<sup>ème</sup> édition, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF-Thémis, 2009, p .87.

libertés. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer selon la nature de ces droits et libertés et des obligations qui y correspondent et, par exemple, suivant que le respect du droit dont il s'agit implique une action positive ou une simple abstention » de l'État<sup>2107</sup>.

Plus récemment, la Cour a systématisé cette position adoptée dans l'affaire *Linguistique belge*, en consacrant le principe de non-discrimination à l'instar du principe de prééminence du droit, comme un principe sous-tendant l'interprétation de la Convention<sup>2108</sup>. Cette fonction de grille d'interprétation globale des droits et libertés fondamentales garantis par la CESDH est également reconnue par certains auteurs, qui estiment soit que « le principe de non discrimination est un principe matriciel de la protection internationale des droits de l'homme »<sup>2109</sup>, soit qu'il existe entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux une « liaison » qui « s'impose comme une donnée naturelle » et occupe une place « centrale dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme »<sup>2110</sup>. Ce n'est au final qu'assez récemment que le principe de non discrimination peut être invoqué seul, depuis le Protocole n° 12 du 4 novembre 2000 annexé à la CESDH, dont l'article 1<sup>er</sup> pose le principe de l'« interdiction générale de la discrimination » non pas de manière isolée mais au contraire de manière indissociable de « la jouissance de tout droit prévu par la loi »<sup>2111</sup>.

Le principe de non discrimination est garanti par le droit de la protection des données personnelles qui est lui-même pris en compte au titre de l'article 8 de la CESDH. Cette assimilation se réalise de manière implicite d'une part, à travers l'application de l'article 8 aux atteintes à la protection des données personnelles causées par des traitements de données sensibles et, d'autre part, par l'incorporation du principe de non discrimination au principe de protection de la vie privée via la consécration de la notion d'autonomie personnelle. Pour autant, dans les affaires évoquant de telles problématiques, ce n'est pas le principe de non discrimination qui est invoqué comme fondement juridique indirect adéquat mais le droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la CESDH. La protection du principe d'égalité réalisée par le droit de la protection des données personnelles se trouve également au moins en partie absorbée en droit européen par la notion d'autonomie personnelle. Cette dernière, qui constitue selon la CEDH un « principe sous-tendant l'interprétation des garanties de l'article 8 » de la CESDH<sup>2112</sup>, permet à chacun d'aller vers autrui revêtu des aspects choisis de sa personnalité. Cela implique pour autrui de permettre au titulaire de ce droit de ne pas réaliser d'ingérence dans sa vie privée en ne lui refusant pas le droit d'arborer les signes distinctifs de sa personnalité.

2107 CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (dite linguistique belge), série A n° 6, §9, in SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, 5<sup>ème</sup> édition, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF-Thémis, 2009, p. 85.

2108 CEDH, 21 juillet 2005, *Strain et autres c/ Roumanie*, n° 57001/00, CEDH 2005-VII, §59.

2109 SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9<sup>ème</sup> édition, PUF, 2008, p. 269.

2110 POTVIN-SOLIS Laurence, *La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnels dans les jurisprudences européennes*, *RTDH*, 2009, n° 80, p. 969.

2111 Protocole n° 12 du 4 novembre 2000, article 1 : « 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ».

2112 CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, §83: « L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [...]. Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur ».

Il résulte de ce qui précède que le droit des données personnelles, dans ses dispositions relatives à la protection de la personne fichée, garantit cette première condition de la dignité qu'est la non discrimination. Dans cette opération, il ne recoupe que partiellement la protection de la vie privée. Tel est également le cas à l'égard de la deuxième facette du principe de dignité de la personne humaine qu'est la liberté.

## §2 – La protection des données personnelles, garantie de l'auto-détermination informationnelle

Le principe de dignité de la personne humaine implique la protection de la liberté de la personne. La reconnaissance de cette fonction a pu justifier le choix opéré par certaines juridictions et certains auteurs de considérer le « droit à l'autodétermination » comme « le véritable fondement de la législation de protection des données »<sup>2113</sup>. Ainsi, la Cour de Strasbourg, dans ses développements jurisprudentiels récents, inclut au titre de l'article 8 les atteintes à l'autonomie personnelle ou au développement personnel. Pour certains, ce principe de dignité de la personne humaine serait d'ailleurs le fil conducteur de ces dernières évolutions jurisprudentielles, la seule notion apte à rendre « cohérentes une série de normes de plus en plus précises et éclatées »<sup>2114</sup>.

Plus précisément, c'est la composante informationnelle de cette autodétermination qui est en cause en cas d'atteinte par un traitement de données, c'est à dire l'aptitude de la personne fichée à maîtriser – dans une certaine mesure – les informations personnelles la concernant. C'est la raison pour laquelle certaines juridictions, comme la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision précitée de 1983 et en filigrane<sup>2115</sup> ou de manière explicite<sup>2116</sup> dans des décisions plus récentes, ainsi que certains auteurs emploient l'expression de « droit à conserver la maîtrise de ses données personnelles » ou le principe d'« autodétermination informationnelle ». La Cour constitutionnelle hongroise, dans son arrêt précité, n'utilise pas cette expression mais en décrit minutieusement le contenu, en considérant que, sur la base de l'article 59 de la Constitution

2113 POULLET Yves, « Le fondement du droit à la protection des données nominatives: « propriétés ou libertés » », in « Nouvelles technologies et propriété », actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Thémis-Litec, 1991, p.187.

2114 MAURER Béatrice, *Le principe de dignité de la personne humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, CÉric-La Documentation française, 1999, pp. 426-427: « L'article 8 est donc interprété à Strasbourg dans le sens de la protection des individus contre ce genre d'immixtions, mais sans le recours explicite au principe de respect de la dignité humaine. Pourtant, la doctrine et les jurisprudences internes y recourent abondamment, le principe permettant d'insister à la fois sur la gravité des violations engendrées et de les appréhender globalement. En d'autres termes, tout en invitant à rester très attentif à la violence que constituent de telles intrusions dans la vie privée, il leur donne une unité. Cette dernière fonction rend ainsi cohérentes une série de normes de plus en plus précises et éclatées ».

2115 BverfG, 1 BvR 518/02, 4 avril 2006 ; BverfG, 1BvR 2027/02, 23 octobre 2006. Sur cette question, voir FROMONT Michel, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2008) », *Chronique de jurisprudence*, *RDP*, 2009, n° 6, pp. 1726-1727.

2116 Cour fédérale allemande, 24 avril 2013, *JZ* 2013, p. 621, dans laquelle la Cour a déclaré une loi autorisant la création d'un fichier antiterroriste en partie inconstitutionnelle, notamment pour ne pas avoir respecté le droit à l'auto-détermination informationnelle. Pour un commentaire de cette décision, voir FROMONT Michel, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2013 », *RDP*, 2014, n° 4, pp. 1119-1122

hongroise qui garantit le « droit au secret privé et à la protection des données personnelles », « la protection des données personnelles est interprétée d'une manière active mettant l'accent sur la disposition de soi-même dans le domaine des informations », que le droit à la protection des données personnelles signifie « le droit de prendre une décision sur la communication et l'utilisation des données personnelles » et qu'il « droit aussi englober le contrôle de l'utilisation des données personnelles »<sup>2117</sup>.

L'intérêt du recours à un tel concept se confirme par sa promotion récente par le Conseil d'État dans son rapport sur *Le numérique et les droits fondamentaux*, qui définit l'autodétermination informationnelle comme la possibilité pour « les intéressés (...) [de] disposer d'un droit de regard et conserver la maîtrise sur les données qui les concernent »<sup>2118</sup>. A l'heure du numérique, sans une telle garantie, la possibilité de jouir effectivement de sa liberté paraît en effet nettement compromise, ce qui justifie que le Conseil d'État y consacre la première de ses quarante propositions. A ce titre, il invite à concevoir « le droit à la protection des données personnelles comme un droit à « l'autodétermination informationnelle », c'est-à-dire le droit de l'individu de décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel » et à inscrire cette expression dans la proposition de règlement de janvier 2012<sup>2119</sup>.

Si en droit positif, le lien entre protection des données personnelles et jouissance effective de la liberté par la personne fichée n'est que rarement opéré, il se déduit de manière logique en confrontant les exigences du principe de dignité aux atteintes concrètes qui peuvent lui être portées par un traitement de données. La dignité de la personne humaine implique la liberté de la personne humaine à exercer effectivement son libre-arbitre. De manière positive, ce principe implique que ce soit l'individu lui-même qui définisse les conditions de base de son identité ainsi que de son parcours de vie, dans la plus grande indépendance possible à l'égard des contraintes sociales (A). De manière négative, il s'oppose, *a contrario* et de manière logique, à toute réification de la personne humaine (B). Le droit des données personnelles prend en compte cette double exigence, qu'il s'efforce de garantir.

### *A/ La protection des données personnelles, garantie de la liberté contre le déterminisme social*

Les risques d'un tel déterminisme se trouvent considérablement favorisés par les NTIC, du fait de la facilité qu'ils procurent dans la constitution de profils<sup>2120</sup>. La protection de l'autonomie personnelle de la personne fichée est antérieure à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978<sup>2121</sup>, mais il

2117 Cour constitutionnelle hongroise, 9 avril 1991, Décision n° 15/1991, IV. 13, AB, Recueil ABH 1991, 40, in BON Pierre et MAUS Didier, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 269-270.

2118 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, pp. 6-7.

2119 *Ibid.*, p. 269.

2120 RIGAUX François, *op. cit.*, p. 598: « En croyant déceler dans le sujet certains signes annonciateurs de son comportement futur, le profil instaure une forme de déterminisme incompatible avec l'attribut le plus précieux de la liberté, le choix d'un futur auto-déterminé ».

2121 Commission Informatique et Libertés, rapport dans le cadre du décret n° 74.938 du 8 novembre 1974, La Documentation française, 1975, p. 16: « Seule ou combinée avec d'autres techniques modernes, l'informatique permet de conserver les données et les résultats des traitements plus commodément, plus sûrement et d'une façon plus massive qu'autrefois. Les possibilités ainsi offertes ne vont pas sans certains risques. Socialement, elles tendent à figer les situations en attachant aux individus des étiquettes jadis plus rares et plus approximatives et dont il leur était plus facile de se débarrasser. [...]. Des incidents qui accompagnent parfois la naissance, les maladies de l'enfance, les incartades et les déficiences de la vie scolaire, seront relevés, classés,

est possible de voir dans cette dernière ainsi que dans ses équivalents internationaux les garanties actualisées du principe de dignité. Ce rôle spécifique s'exprime essentiellement en matière d'établissement de profils de la personne humaine.

Pour certains comme le professeur François Rigaux, la notion de profil « présente une analogie étroite avec le racisme »<sup>2122</sup>. Il justifie une telle assimilation en analysant le mécanisme du profil, qui consiste à « imputer à un individu certains faits de comportement qui seraient communs au groupe auquel il est censé appartenir et distingueraient les membres du groupe à l'intérieur de la population globale »<sup>2123</sup>. L'analogie avec le racisme résulte d'un mécanisme commun niant la dignité de la personne humaine: le déterminisme<sup>2124</sup>. En effet, les NTIC peuvent également constituer des « technologies de construction d'individus statistiques »<sup>2125</sup>, en permettant l'établissement de profils individuels. Cette possibilité met en échec la possibilité de se renouveler<sup>2126</sup>, telle que garantie par cet élément du droit de la protection des données personnelles de plus en plus désigné comme « droit à l'oubli » en doctrine<sup>2127</sup> et, potentiellement

répertoriés et pourront suivre les intéressés toute leur vie. Quelles conséquences psychologiques aura pour l'homme de l'avenir le fait de savoir que rien d'important de ce qui le concerne n'est oublié, parce qu'il en reste toujours quelque trace dans la mémoire d'un ordinateur ? Au delà des libertés reconnues par la loi, n'est-ce pas, en même temps que la capacité de se renouveler, le sentiment le plus intime de la liberté qui en sera affecté ? La commission de codification des droits fondamentaux de l'individu s'interrogera sans doute à ce sujet ».

2122 RIGAUX François, *op. cit.*, p. 597.

2123 *Ibid.*, p. 598.

2124 *Ibid.*, p. 598: « En croyant déceler dans le sujet certains signes annonciateurs de son comportement futur, le profil instaure une forme de déterminisme incompatible avec l'attribut le plus précieux de la liberté, le choix d'un futur autodéterminé ».

2125 BOURCIER Danièle, « Données sensibles et risque informatique – De l'intimité menacée à l'intimité virtuelle », in CURAPP, « Questions sensibles », PUF, 1998, p. 44. Voir également p. 45: « Dans ce processus, l'individu en tant que tel ne participe plus de plein gré à la construction de son identité sociale à travers des mécanismes d'interaction explicites, consentis et acceptés. L'attribution de rôles lui échappe et une identité déformée lui est renvoyé par l'attribution de préférences et de choix qui lui sont corrélés « automatiquement ». Sa propre autodétermination peut être affectée par ses processus ».

2126 ROUVROY Antoinette, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information ? », Contribution aux Actes du Colloque Asphalès sur « La protection de l'individu numérisé », 22 et 23 novembre 2007, Paris, L'harmattan, 2008, p. 252: Il s'agit là pour la doctrine d'« une des conditions nécessaires à l'épanouissement de l'autonomie individuelle » consistant en « la possibilité d'envisager son existence non pas comme la confirmation ou la répétition de ses propres traces, mais comme la possibilité de changer de route, d'explorer des modes de vie et façons d'être nouveaux, en un mot, d'aller là où on ne l'attend pas ».

2127 La première de ces occurrences, purement doctrinales, est le fait du professeur Gérard Lyon-Caen, dans sa note sous l'affaire *Landru* (LYON-CAEN Gérard, note sous TGI Seine, 14 octobre 1965, *Mme Segret c/ Soc. Rome-Paris Films*, JCP, 1966, II, 14482). Ce n'est qu'assez récemment que la doctrine s'en est véritablement saisi, depuis le développement des questions y afférentes en matière de droit des données personnelles. Voir ainsi, de manière non exhaustive : LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *RDP*, mars-avril 1996, n° 2, pp. 385-424 ; LEPAGE Agathe, « Droit à l'oubli »: sanction de la CNIL, note sous CNIL, délib., n° 2011-238 de la formation restreinte, 12 juillet 2011, *Communication Commerce Électronique*, décembre 2011, pp. 31-33 ; ROSEN Jeffrey, « The right to be forgotten », *Stanford Law Review*, Vol. 64, 2012, pp. 88-92 ; SENAC Charles-Edouard, « Le droit à l'oubli en droit public », *RDP*, n° 4-2012, pp. 1156-1170 ; BRUGUIERE Jean-Michel, « Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier », *Rec. Dalloz*, 2014, pp. 299-301.

Une précision terminologique importante doit être relevée, concernant le sens de l'expression « droit à l'oubli », et qui à notre connaissance n'a été soulevée que par le professeur Letteron dans son article précité : « comme la notion d'oubli, celle de droit à l'oubli peut revêtir deux significations, le droit d'oublier ou le droit d'être oublié » (*op. cit.*, p. 386). Cet auteur démontre en effet de manière fort convaincante qu'à côté de ce droit individuel à l'oubli, qui est l'objet des développements dans le corps du texte, il n'existe pas de droit à oublier. Bien au contraire, la DDHC impose « un véritable devoir de ne pas oublier les droits naturels de l'homme », « auc gouvernants comme aux gouvernés » (*op. cit.*, p. 387). Cette proscription de ce genre d'oubli fonde ce que l'on appelle communément le devoir de mémoire, tels que l'organisent notamment les commémorations officielles,

avec la proposition de l'UE d'un règlement général relatif aux données personnelles, en droit positif<sup>2128</sup> et qui désigne au sein du droit des données personnelles les dispositions relatives à l'encadrement de la durée de conservation des données personnelles<sup>2129</sup>. La diffusion et l'emploi massif de ces nouvelles technologies ont pour effet de renverser le rapport traditionnel existant entre la mémoire et l'oubli<sup>2130</sup>. Or, cette inversion du rapport entre l'oubli et la mémoire influe sur la construction individuelle et personnelle de la personne humaine, et pose la question de savoir « dans la société de l'information, comment le « sujet » ou le « soi » se constitue dans le temps, peut « s'autodéterminer » à travers, ou malgré la persistance, sous forme digitalisée, de traces de ses moindres faits, gestes, émotions, choix »<sup>2131</sup>. Cette question du droit individuel à l'oubli comporte deux dimensions, individuelle et sociale. La première réside dans l'intérêt de l'individu à se faire oublier, dans le cadre de son autonomie personnelle. La seconde réside dans l'utilisation de cette fonction « égoïste » par l'État pour des finalités de paix sociale, par exemple lorsqu'il adopte des lois d'amnistie<sup>2132</sup>.

Ce risque était déjà perçu dans les réflexions à l'origine des premiers instruments nationaux relatifs aux données personnelles. Ainsi, dès 1975, la conservation de ces données est considérée comme une question majeure au sein de celle plus générale de la protection des données personnelles, en ce que l'informatique tend « à figer les situations en attachant aux individus des étiquettes jadis plus rares et plus approximatives et dont il leur était plus facile de se débarrasser »<sup>2133</sup>. C'est la raison pour laquelle les instruments relatifs aux données comportent

les lois dites « mémorielles » etc. (*op. cit.*, p. 387 et ss).

2128 Proposition de règlement européen relatif aux données personnelles de janvier 2012, article 17,1 relatif au « Droit à l'oubli numérique et à l'effacement »: « La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement de données à caractère personnel la concernant et la cessation de la diffusion de ces données, en particulier en ce qui concerne des données à caractère personnel que la personne concernée avait rendues disponibles lorsqu'elle était enfant, ou pour l'un des motifs suivants:

a) les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées,

b) la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, conformément à l'article 6, paragraphe 1, point a), ou lorsque le délai de conservation autorisé a expiré et qu'il n'existe pas d'autre motif légal au traitement des données;

c) la personne concernée s'oppose au traitement des données à caractère personnel en vertu de l'article 19;

d) le traitement des données n'est pas conforme au présent règlement pour d'autres motifs ».

2129 Cet encadrement se présente sous la forme d'une obligation absolue pour tout auteur de traitement de donnée: il relève donc du droit objectif et non d'un droit subjectif. C'est la raison pour laquelle la notion de « droit à l'oubli » ne sera pas employée dans le cadre du présent travail car, en ce qui concerne le droit de la protection des données personnelles, cette expression est de nature à induire en erreur sur le type de garantie qui lui est lié.

2130 ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 250: « Plusieurs auteurs ont déjà suggéré qu'alors que l'humanité avait jusqu'à présent toujours semblé manquer de mémoire, l'oubli prévalant par défaut, nous serions actuellement engagés dans un processus d'inversion du rapport entre oubli et mémoire dans la mesure où, par défaut, toute information (sonore, visuelle, textuelle) serait bientôt enregistrée et conservée sous forme digitale, l'oubli nécessitant une action positive d'effacement des données, devenant de ce fait l'exception plutôt que la règle ».

2131 ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 252.

2132 LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 389.

2133 Commission Informatique et Libertés, rapport dans le cadre du décret n° 74.938 du 8 novembre 1974, La Documentation française, 1975, p. 16. Sur la même page: « Quelles conséquences psychologiques aura pour l'homme de l'avenir le fait de savoir que rien d'important en ce qui le concerne n'est oublié, parce qu'il en reste toujours une trace dans la mémoire d'un ordinateur? Au delà des libertés reconnues par la loi, n'est-ce pas, en même temps que la capacité de se renouveler, le sentiment le plus intime de la liberté qui en sera affecté? ». Voir également VILLA Jean, Intervention orale lors de la 1ère séance à l'Assemblée Nationale du mardi 4 octobre 1977 à propos de la discussion du projet de loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Compte

tous, quelle que soit leur origine, des dispositions relatives à la durée de conservation des données personnelles. Ces garanties se présentent comme la systématisation des garanties accordées en matière de casier judiciaire.

Cette garantie s'illustre de manière toute particulière en matière d'anonymisation des données de justice. En effet, la délibération de la CNIL n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence a traduit les exigences liées à une conservation temporaire de ces données dans ce domaine précis particulièrement sensible<sup>2134</sup>. Depuis lors, la publication des décisions de justice s'opère après occultation du nom des parties, du moins lorsque ces dernières sont des personnes physiques<sup>2135</sup>. Cette opération permet alors d'ôter aux données considérées leur qualité de données personnelles au sens de la loi du 6 janvier 1978. Ces données n'ayant plus cette qualité, cette loi, dont le champ d'application est limité aux données personnelles, ne s'y applique plus. L'anonymisation de ces données s'avère ainsi être le seul moyen de permettre à la personne physique bénéficiaire du service public de la justice de se renouveler par rapport au contenu et au sens de la décision de justice la concernant.

Une telle garantie trouve également à s'illustrer dans ce que d'aucuns considèrent comme une proclamation par la CJUE d'un « droit à l'oubli » ou d'un « droit au déréférencement » sur les moteurs de recherche internet. En fait, cette dernière, dans sa décision *Google Spain SL* du 13 mai 2014, n'a fait que considérer qu'un traitement de données personnelles, même licite à l'origine, pouvait basculer dans l'illicéité si sa durée excédait dans le temps ce qui était strictement commandée par sa finalité<sup>2136</sup>. Elle en a déduit que « dans l'hypothèse où il est constaté, à la suite d'une demande de la personne concernée en vertu de l'article 12, sous b), de la directive 95/46, que l'inclusion dans la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, des liens vers des pages web, publiées légalement par des tiers et contenant des informations véridiques relatives à sa personne, est, au stade actuel, incompatible avec ledit article 6, paragraphe 1, sous c) à e), en raison du fait que ces informations apparaissent, eu égard à l'ensemble des circonstances caractérisant le cas d'espèce, inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement en cause réalisé par l'exploitant du moteur de recherche, les informations et les liens concernés de ladite liste de résultats doivent être effacés »<sup>2137</sup>. En aucune façon cette décision ne vient découvrir ou déduire du droit positif existant un « droit à l'oubli » ou un « droit au déréférencement ». La première de ces expressions, employée par la juridiction de renvoi dans la formulation de ses questions préjudicielles, ne figure

rendu intégral des débats, 2<sup>ème</sup> séance, JORF, mercredi 5 octobre 1977, Débats parlementaires – Assemblée nationale, p. 5786: « L'informatique affirme la culpabilisation et nie la réinsertion sociale qui a pu être une réalité. Depuis la mise sur fiches, un chèque sans provision poursuivra ainsi un individu pendant toute sa vie. C'est une atteinte à la liberté de se renouveler ».

2134 En effet, les décisions de justices nominatives constituent en elles mêmes non seulement des données personnelles, mais encore peuvent constituer des données sensibles. Une telle sensibilité peut découler du contenu de la décision, qui peut faire référence à certains éléments sensibles par nature, et/ou du sens de la décision, qui peut comporter mention d'infractions, de condamnations et de mesures de sûreté au sens de l'article 9 de la loi dite « informatique et libertés » dans sa version actuellement en vigueur.

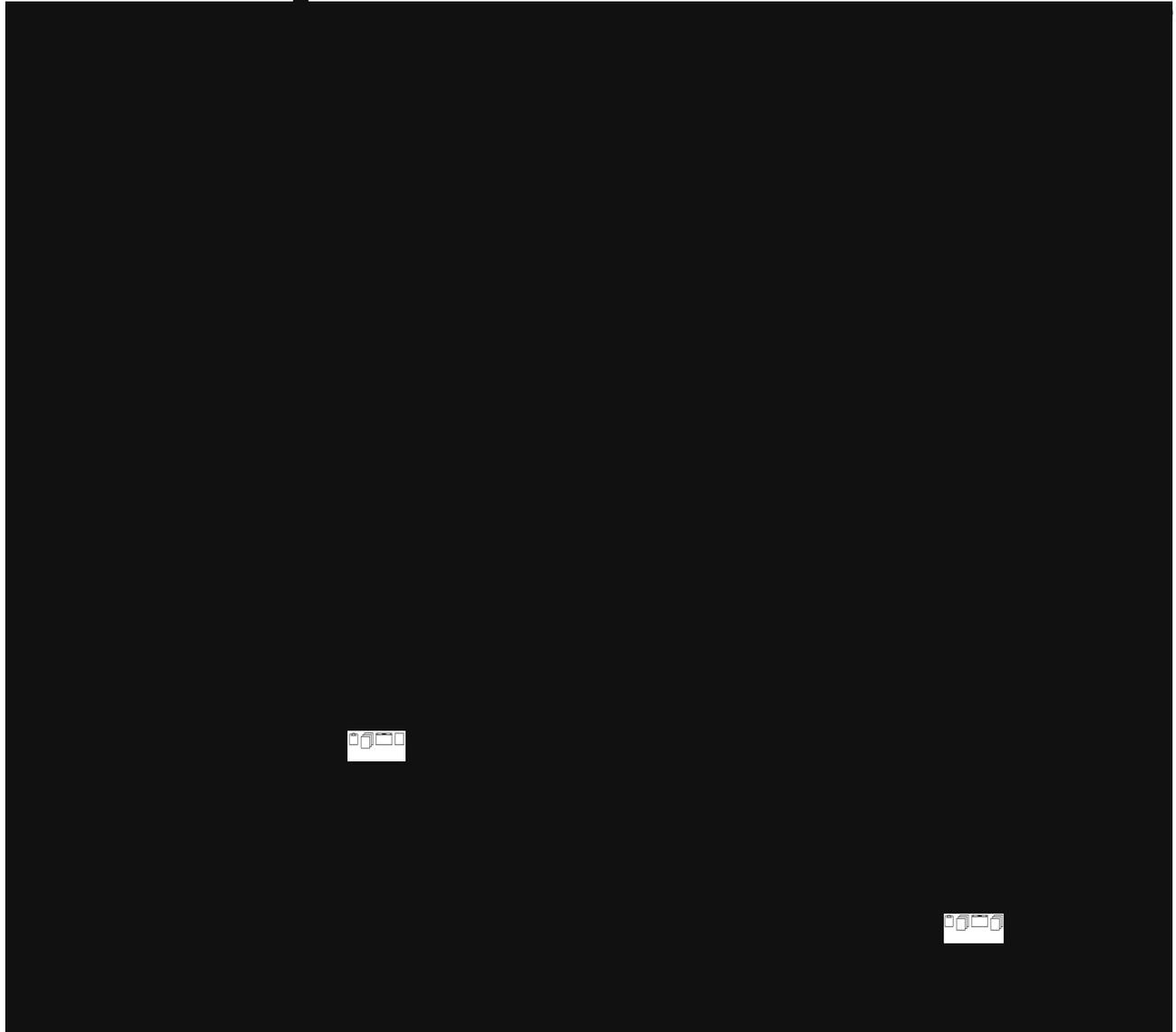
2135 Pour une critique du seul bénéfice de cette protection aux personnes physiques et non aux personnes morales, ainsi que pour une critique globale du principe même de l'anonymisation des décisions de justice, voir CACHARD Olivier, « Aux grands arrêts, les juristes reconnaissants... Brefs propos sur l'anonymisation des décisions de justice », *rec. Dalloz*, 2004, n° 7, pp. 429-430.

2136 CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, aff. C-131/12, non encore publié, §§92 et 93.

2137 *Ibid.*, §94.

que dans les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen sous cette affaire ; l'autre n'étant purement et simplement pas employée<sup>2138</sup>. Dans ses conclusions, l'avocat général considère d'ailleurs que la directive 95/46 ne permet pas de reconnaître l'existence d'un tel « droit à l'oubli » et qu'au surplus, s'il venait à être reconnu, il ne pourrait être absolu<sup>2139</sup>. Si l'on ne peut que reconnaître le caractère commode de ces deux expressions désignant des « droits à », il paraît nécessaire de rappeler qu'elles ne trouvent pour l'heure de consécration qu'en doctrine.

L'intérêt de l'organisation d'une telle procédure socialement organisée d'oubli est également illustrée dans le domaine de la conservation des traitements de données personnelles relatifs aux antécédents judiciaires.



2138 L'état du droit positif contredit ainsi la position adoptée par le Conseil d'État dans son récent rapport, précité, sur *Le numérique et les droits fondamentaux*. En effet, cette juridiction considère que cette décision de la CJUE est à l'origine d'un droit à l'oubli (p. 184) et d'un droit au référencement (pp. 18, 26, 184).

2139 Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 sous CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, aff. C-131/12, §§ 108 à 111.

2140 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 9.

2141 LASSERRE Bruno, LENOIR Noëlle, STIRN Bernard, *La transparence administrative*, PUF, 1987, p.90: « Les condamnations pénales ont toujours été considérées comme des informations sensibles. Leur connaissance par des tiers est en effet de nature à empêcher les individus qui en ont été l'objet de se réinsérer dans la société ».



Enfin, il faut relever que ce « droit à l'oubli » ne peut, en dépit de ses enjeux, trouver à s'appliquer systématiquement. En effet, le principe demeure la liberté de traiter des données personnelles, y incluant celle de procéder à des profils. A ce « droit à l'oubli » s'oppose alors un « devoir de mémoire » impliqué nécessairement par des activités licites et légitimes. Une telle confrontation est par exemple manifeste lorsqu'à cette obligation d'organiser l'oubli s'oppose le devoir de mémoire des historiens et des archivistes. Légitimes en soi, ces activités impliquent par principe la mise en œuvre de traitement de données personnelles caractérisés par une durée de conservation proportionnée à cette finalité. Toute autre solution aurait pour effet de remettre

2142 Il en va ainsi notamment en matière de recrutement à certains postes dans la fonction publique civile et militaire, qui peuvent exiger la production d'un extrait du casier judiciaire. Pour un éclairage récent sur la question, voir SENAC Charles-Edouard, *op. cit.*, p. 1165 et ss.

2143 Cette expression renvoie à deux lois adoptées en 1994 dans cet État fédéré: Loi sur le répertoire centralisé de délinquants sexuels: New Jersey Statutes Annotated, 2C:7-1 à 7-5, L. 1994, ch. 133, §§ 1-5, pp. 1152 – 1159 ; Loi sur la publicisation partielle du répertoire: New Jersey Statutes Annotated, 2C:7-6 à 7-11, L. 1994, ch. 128, §§ 1-6, pp. 1132-1136. Depuis, la quasi-totalité des États des États-Unis disposent d'instruments similaires ou équivalents.

2144 L'information au public est réalisée soit dans les commissariats, soit le plus souvent sur internet, par le biais de sites comme celui que propose l'État de Californie (<http://www.meganslaw.ca.gov/>), qui permet de géolocaliser conté par conté, les délinquants sexuels résidant dans cet État.

2145 Pour un État général de la question, voir RASMUSEN Éric, « Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality, » *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, Vol. 39, No. 2 (Oct., 1996), pp. 519-543, sp. pp. 538-540.

frontalement en cause les professions même d'historien ou d'archiviste<sup>2146</sup>.

Sans aller jusqu'à cet extrême, dans la pratique juridique quotidienne, les procédés de *scoring* mis en œuvre par les établissements bancaires pour l'octroi de prêts ont été reconnus légitimes car impliqués par ce type de prestations de services (voir *supra*, première partie, titre 1).

Dans ces conditions, le « droit à l'oubli » protège bien la dignité de la personne humaine fichée, mais cette protection apparaît comme vouée à demeurer l'exception plutôt que le principe.

### *B/ La protection contre la réification volontaire de la personne humaine*

L'entrée des États européens dans la modernité se caractérise d'une part par le « culte de la Raison », d'autre part par le « primat accordé à l'Individu »<sup>2147</sup>. Depuis lors, dans une telle optique, il revient à cette forme d'État « de réaliser un compromis subtil entre le primat accordé à l'individu et la nécessité de la création d'un ordre collectif »<sup>2148</sup>. Le droit des données personnelles, dans ses dispositions relatives à la protection de la personne fichée, matérialise de manière particulièrement évidente un tel équilibre. En effet, si *a priori* la promotion de la Raison et de l'Individu s'adosent initialement l'une à l'autre, une conception absolue de la première peut aisément aboutir à une négation du second.

C'est d'ailleurs cette intuition qui a entouré les débuts de l'informatisation de la société française : la crainte de l'informatique n'était pas seulement liée à la peur suscitée par ce moyen technique en lui-même, mais surtout par la conscience de ce qu'elle permettait d'amplifier considérablement les formes de domination de l'État sur la société<sup>2149</sup>. Pour ainsi dire, l'ordinateur ne constituait alors que la partie visible pour le public de ce que d'aucuns considèrent comme une dérive technocratique, aboutissant non plus à gouverner les hommes mais à administrer les choses, voire à administrer les hommes comme des choses<sup>2150</sup>, phénomène que Georges Burdeau décrivait par l'expression d'« État fonctionnel »<sup>2151</sup>.

En effet, une de ces craintes légitimes s'est cristallisée sur la possibilité pour l'État de remettre en cause cet aspect élémentaire d'une société démocratique qu'est la jouissance par les individus

2146 DUMONTET Fabienne, « Le passé aux oubliettes », *Le Monde culture et idées*, 5 octobre 2013. Du même auteur, voir également sur ce sujet « Le « droit à l'oubli numérique » inquiète les historiens », *Le Monde culture et idées*, 3 novembre 2013 et, du même auteur et dans le même numéro, son article « le « droit à l'oubli numérique », genèse d'une idée neuve ».

2147 CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008, pp. 11-12.

2148 *Ibid.*, p. 12.

2149 Pour un ouvrage et un point de vue assez représentatifs de l'époque, voir JAMOUS Haroun et GREMION Pierre, *L'ordinateur au pouvoir. Essai sur les projets de rationalisation du gouvernement et des hommes*, Seuil, 1978, p. 12 : « en première approximation cet ouvrage relate et analyse le destin et la signification de projets de rationalisation du mode de gouvernement des hommes et des groupes sociaux, c'est insérer ces projets dans une histoire fondamentale : celle de l'effort rationalisateur de l'Occident. Laquelle histoire peut elle-même être conçue comme un chapitre de l'histoire des formes de domination ».

2150 MATTEI Jean-François, *op. cit.*, p. 301 : « Le mouvement qui emporte les sociétés contemporaines vers un univers technocratique régi par la puissance impersonnelle de la technique et vers une société directoriale, gérée par les capacités personnelles des technocrates, oppose non seulement le champ technicien, privé de finalité, au monde symbolique, qui ne vit que de sens, mais encore, en conformité avec la prédiction saint-simonienne, la gestion des choses au gouvernement des hommes. Cela revient à dire (...) que les hommes eux-mêmes seront gérés comme des choses ».

2151 BURDEAU Georges, *L'État*, 1970, Seuil, rééd., 2009, p. 182 : « L'État fonctionnel repose lui aussi sur une idée dont la société est l'assise. Seulement cette idée est en réalité un impératif. Elle ne naît pas d'une image que les individus se font d'un avenir souhaitable ; elle procède directement des structures sociales existantes. Tout subjectivisme en est exclu car elle ne fait qu'enregistrer les exigences objectives qui commandent le bon fonctionnement de la société ».

de leur libre-arbitre, notamment dans le cadre de leurs relations avec la puissance publique. L'informatique a pu faire croire à la possibilité pour un État mettant en œuvre cette technologie d'aboutir à une conception pastorale totale, dans laquelle la personne humaine ne serait considéré que comme une tête de bétail. Il y aurait alors triomphe de la gestion, qui aurait remplacé totalement le Politique, jusque dans les éléments fondamentaux du Contrat social.

Plus précisément, l'informatique présente effectivement un risque de réduction de l'« ipséité » à la « mêmété »<sup>2152</sup> car il permet d'aboutir à une définition de la personne humaine ignorant la part de construction historique et subjective de l'individu pour le réduire à un ensemble de données factuelles et objectives<sup>2153</sup>. Ce risque est d'autant plus net que s'accroissent la quantité et la qualité des informations objectives relatives à la personne humaine, que ces informations concernent son corps physique ou récapitulent des éléments objectifs de sa biographie. Le changement de dénomination, de la notion d'« information nominative » à celle contemporaine de « donnée à caractère personnel », en constitue d'ailleurs un signe non équivoque<sup>2154</sup>. Cette profusion d'informations rend désormais matériellement possible, et ce de plus en plus souvent, la prise de décisions relatives aux personnes sur la base de ces informations objectives, au sein d'un processus décisionnel dont l'individu peut désormais être inconscient, quand bien même il serait le destinataire de cette décision. Le droit relatif à la protection des données personnelles intervient alors pour protéger la dignité de la personne humaine à deux égards: d'une part en encadrant la réduction de la personne humaine à son propre corps physique ou à sa représentation numérique ou symbolique ; d'autre part en réintroduisant le sujet au sein des processus décisionnels automatisés. Ce droit joue alors le rôle de réserve de subjectivité, face à une évolution du droit et du politique qui tend au moins pour partie à l'objectivation du Sujet<sup>2155</sup>.

L'atteinte à la dignité résultant de la réduction de la personne à un de ses éléments s'apprécie différemment selon qu'elle se trouve réduite à son corps ou à sa représentation.

Dans le premier cas, les risques paraissent au final moins évidents, en dépit des fantasmes alimentant la crainte de la biométrie, laquelle désigne « des techniques permettant d'identifier une personne à partir de l'un ou plusieurs de ses caractères biologiques ou comportementaux comme l'empreinte digitale, la géométrie de la main, l'iris, la rétine, le visage, la voix, la signature, la frappe sur un clavier, le réseau veineux ou la thermographie du visage »<sup>2156</sup>. La question de la réduction de la personne à son corps ou à une de ses caractéristiques physiques constitue en effet une question essentielle du développement des usages de la biométrie<sup>2157</sup>. Un auteur a pu

2152 RICOEUR Paul, *précit.*

2153 Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*, avis n° 98, <http://www.comite-ethique.fr/docs/fr/avis098.pdf>, p. 7.

2154 Voir sur ce sujet EYNARD Jessica, *op. cit.*. Cette justification du changement de dénomination constitue un axe essentiel de cette thèse.

2155 Cette objectivation se traduit par la réduction de l'individu à ses seules composantes utiles pour la vie sociale. Elle est consubstantielle à la fonction de la Police mise en évidence par Michel Foucault et Paolo Napoli. Voir par exemple FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2007, p. 256 : le passage à un « régime de police » revient en somme à « substituer à un pouvoir qui se manifeste par l'éclat de ceux qui l'exercent, un pouvoir qui objective insidieusement ceux à qui il s'applique ; former un savoir à propos de ceux-ci plutôt que de déployer les signes fastueux de la souveraineté ».

2156 CNCDH, Problèmes posés par l'inclusion d'éléments biométriques dans la carte nationale d'identité : contribution de la CNCDH au débat, Avis adopté par l'assemblée plénière du 1<sup>er</sup> juin 2006, p.1. Sur cette question, voir l'intervention particulièrement complète et actualisée, du point de la sociologie, de DUBEY Gérard, « Le retour de l'identification biométrique : un indice de reconfiguration politique et sociale », in AÏDAN Géraldine et DEBAETS Émilie, *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, 2013, pp. 177-195.

2157 La problématique générale de la réduction de la personne à un élément physique de son identité inclut

considérer que le recours à des procédés biométriques portait atteinte *per se* au principe de dignité de la personne humaine en considérant que la généralisation de la biométrie risque d'aboutir à « la réduction de la personnalité à l'humanité biologique »<sup>2158</sup>. Mais cette analyse partagée par plusieurs auteurs<sup>2159</sup> n'a pas été retenue par le Conseil constitutionnel lorsque celui-ci a été saisi en 2007 de la disposition de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile autorisant les tests ADN comme mode supplétif de preuve de la filiation. Ainsi, le juge constitutionnel estime que « le dispositif critiqué n'instaure pas une mesure de police administrative ; qu'en outre, la loi n'autorise pas l'examen des caractéristiques génétiques du demandeur de visa mais permet, à la demande de ce dernier ou de son représentant légal, son identification par ses seules empreintes génétiques dans des conditions proches de celles qui sont prévues par le deuxième alinéa de l'article 16-11 du code civil ; qu'il s'ensuit que le grief tiré de l'atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine consacré par le Préambule de 1946 manque en fait »<sup>f2160</sup>.

Mais peut-être convient-il d'envisager plus précisément cette question et considérer que c'est la « collecte et [l'] utilisation du corps humain » qui devraient être proscrites en ce qu'elles porteraient *per se* atteinte au principe de dignité de la personne humaine<sup>2161</sup>. Ainsi, pour la CNCDH, « la collecte de ces éléments représentatifs de l'être touche la dignité humaine en ce qu'elle réduit chacun à l'extraction de son patrimoine biologique »<sup>2162</sup>. Cette position conduit toutefois à minorer, en comparaison, une question plus fondamentale en matière de biométrie qui est celle de la perte de maîtrise de l'identité<sup>2163</sup>. En effet, grâce à cette technique, l'obtention de l'identification d'une

également toutes les questions liées aux discriminations opérées en raison d'un critère physique, comme celui de l'« ethnie » (pour un exemple récent de ce genre de réduction, voir MATUTANO Edwin, « Réflexions sur la légalité du recensement de la population en Nouvelle-Calédonie », *DA*, août-septembre 2010, pp. 13-17). Pour éviter des développements redondants, cette problématique ne sera pas rappelée outre mesure dans cette subdivision. Pour une analyse complète et récente des enjeux juridiques des procédés biométriques, voir DEBAETS Émilie, « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », in AÏDAN Géraldine et DEBAETS Émilie, *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, 2013, pp. 197-226.

2158 BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 22, 2003, p. 171.

2159 Illustrant le caractère dogmatique d'une telle prise de position, voir TOUCHENT Dahmène, « La mise en œuvre d'un système de badgeage par empreintes digitales dans l'entreprise », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 37, 15 septembre 2005, pp. 1503-1506. Pour un point de vue plus nuancé et plus complet, voir d'une part l'étude de GUERRIER Claudine, « Protection des données personnelles et applications biométriques en Europe », *CCE*, juillet/août 2003, pp. 17-22 ; et d'autre part l'étude de BYK Christian, « Biométrie et Constitution: est-il déjà trop tard pour les libertés publiques ? », *La Semaine juridique – Edition générale*, n° 25, 18 juin 2008, pp. 19-22.

2160 Décision n° 2007-557DC du 15 novembre 2007, Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, considérant n° 18.

2161 TOUCHENT Dahmène, La mise en œuvre d'un système de badgeage par empreintes digitales dans l'entreprise, *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 37, 15 septembre 2005, p. 1505.

2162 CNCDH, Problèmes posés par l'inclusion d'éléments biométriques dans la carte nationale d'identité : contribution de la CNCDH au débat, Avis adopté par l'assemblée plénière du 1er juin 2006, p.1. Une telle position s'inspire nettement de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme qui établit dans son article 2 (b) que « cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter leur caractère unique et leur diversité ».

2163 CNCDH, Problèmes posés par l'inclusion d'éléments biométriques dans la carte nationale d'identité : contribution de la CNCDH au débat, Avis adopté par l'assemblée plénière du 1er juin 2006, p.3: « Le recours à la biométrie doit être entrepris seulement de telle manière que soit préservée la maîtrise de chacun sur son identité. Il s'agit par là d'éviter le traçage généralisé et la transformation de l'acte qui consiste à décliner son identité. Un tel acte est fondé sur la coopération consciente de l'intéressé qui répond à une demande légitime d'identification (...) ».

personne ne requiert plus sa participation volontaire mais peut se faire à son insu sur la base de traces physiques comme les empreintes digitales, des cheveux, une image captée par un procédé de vidéosurveillance et comparé à une banque de données.

Enfin, la thèse selon laquelle le recours aux procédés biométriques porterait atteinte au principe de la dignité de la personne humaine, quand bien même serait-elle reconnue par le droit positif, devrait nécessairement être nuancée, ne serait-ce qu'à raison des impératifs propres à la police de l'état civil<sup>2164</sup>. En effet, la nécessité pour la vie en société d'assurer un degré minimal de sécurité juridique quant à l'identité des personnes humaines a déjà commandé l'introduction de documents d'identité biométrique, avec l'instauration des passeports biométriques par le décret du 30 avril 2008<sup>2165</sup>, prolongeant la volonté exprimée par les institutions européennes dans le règlement du Conseil européen du 13 décembre 2004<sup>2166</sup>. Une telle évolution, validée par la CJCE interprétant les dispositions relatives à ce dernier règlement<sup>2167</sup> pour le procédé biométrique, commandera peut être un jour, outre la généralisation du recours au procédé biométrique, son dépassement par la corrélation de l'identité d'une personne humaine à son génome même, y compris pour les procédés d'identification les plus courants.

Dans le second cas, l'atteinte à la dignité de la personne humaine réalisée par une réduction à sa représentation symbolique paraît plus crédible. Le droit relatif à la protection des données personnelles permet ainsi de protéger dans une certaine mesure la personne humaine de sa réduction à des symboles et des représentations. En effet, quand bien même un tel procédé aurait sinistre mémoire<sup>2168</sup>, son usage n'est pas proscrit mais doit faire l'objet d'une justification étayée<sup>2169</sup>. Cette protection procède d'une logique qui est mise en lumière par le terme générique par lequel se trouve désigné le droit de la protection des données personnelles dans les pays de langue latine extra-européens et par certains auteurs français et européens : l'*habeas data*. Un tel choix est particulièrement intéressant en ce qu'il tend à mettre l'accent, au niveau même de ses objectifs, sur celui de la protection de l'individu contre les usages de sa représentation. Il inclut de mettre l'accent à la fois sur la protection contre l'arbitraire auquel peut conduire le mésusage de ces informations (voir *infra*). Cela implique également de réintroduire l'individu au sein d'un processus décisionnel le concernant, et dont l'usage de ses représentations informatisées auraient pu conduire à l'en chasser.

Enfin, le droit relatif à la protection des données personnelles réintroduit dans les processus décisionnels informatisés la possibilité d'une intervention humaine, évitant ainsi d'aboutir à des décisions concernant des sujets prises par des objets que sont des programmes informatiques<sup>2170</sup>.

2164 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

2165 Décret n° 2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, JORF n° 105 du 4 mai 2008, p. 7446.

2166 Règlement (CE) n° 2252/2004 du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage par les États membres, JOUE L 385 du 29 décembre 2004, p. 1.

2167 CJCE, gr. ch., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-137/05, Rec. 2007, p. I-11593.

2168 En effet, l'un des processus de réification des juifs internés dans les camps nazis passait par le tatouage à l'encre indélébile du numéro identifiant le prisonnier directement sur sa peau.

2169 Voir *supra*, première partie : l'usage d'un numéro identifiant, au titre notamment de l'interconnexion des données, ne déroge pas en soi au principe de liberté de traitement des données personnelles, mais fait l'objet d'une procédure d'autorisation préalable.

2170 Ce risque est d'ailleurs mis en exergue par la doctrine. Voir ainsi MAURER Béatrice, *Le principe de dignité de la personne humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, CÉric-La Documentation française, 1999, pp. 424-425 : « qu'il soit question d'écoutes téléphoniques, de l'informatisation des données personnelles de tous types (...) en passant par la vidéo-surveillance, le principe de respect de la dignité humaine est de plus

Une telle mise en péril existe du fait d'une conjonction entre les progrès technologiques ayant abouti aux NTIC et l'apparition de « l'application du calcul des probabilités à la méthode statistique en sociologie, laquelle permet la réduction à une moyenne sociale des traits propres à chaque personne »<sup>2171</sup>. En effet, le calcul de probabilité appliqué aux comportements humains a entraîné une réalisation relativement aisée de profils permettant de réduire la singularité d'un individu à un ensemble d'informations utiles sur la base desquelles une décision peut être prise. Or, par ce procédé, « c'est la liberté de l'individu qui est mise en péril: sans être formellement déniée, la faculté de faire des choix existentiels est considérablement restreinte »<sup>2172</sup>. Un tel procédé, généralisé dans le monde de l'économie numérique avec le développement du modèle d'affaires des « *Big data* »<sup>2173</sup>, ne met donc pas seulement en péril l'exercice par un individu de sa liberté, mais aussi et surtout sa jouissance de la liberté, c'est à dire sa capacité à exercer effectivement sa liberté<sup>2174</sup>. Cet objectif spécifique de la protection des données personnelles a été tout particulièrement mis en avant au sein des instruments consacrés tant en droit international<sup>2175</sup>

en plus mentionné. L'individu, rendu « transparent », risque en effet de devenir un « objet » immatriculé, catalogué, perméable aux statistiques et aux prévisions ».

2171 RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 18.

2172 *Ibid.*, p. 19.

2173 BENSAMOUN Alexandra et ZOLYNSKI Célia, « *Big data* et *privacy*: comment concilier nouveaux modèles d'affaires et droits des utilisateurs ? », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, pp. 8-12.

2174 BYGRAVE Lee A., *Data protection law – Approaching its rationale, logic and limits*, Kluwer law international, 2002, p. 96 : « at the same time as data subjects'role in organisationnal décision-making processes is diminishing, the role of their registered data-images is growing. From such an image emerges a « digital persona » that is increasingly attributed a validity of its own by data controllers. In the context of modern database systems, the digital persona threatens to usurp the constitutive authority of the physical self ».

2175 En droit international global, cette reconnaissance n'est admise que dans le droit mou des directives du BIT. Voir ainsi BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Recueil de directives pratiques du BIT, Organisation internationale du travail, 1997, p. 3, article 5.5: « Les décisions relatives à un travailleur ne devraient pas se fonder exclusivement sur le traitement automatique des données personnelles le concernant » et dans son article 5.6: « Les données personnelles collectées par voie de surveillance électronique ne devraient pas être l'élément exclusif de l'évaluation des résultats du travailleur ».

qu'en droit de l'UE<sup>2176</sup> ou en droit interne<sup>2177</sup>.

Tout ceci explique que face à « l'explosion des usages des données personnelles et des risques associés », le Conseil d'État estime qu'il faille « en repenser la protection »<sup>2178</sup> et consacrer explicitement le lien entre protection des données personnelles et autodétermination informationnelle. En effet, il considère que le développement sans précédent du numérique comporte « des risques que les personnes concernées ne sont pas en mesure de maîtriser »<sup>2179</sup>. La nouveauté apparente dans ces risques est que leur ampleur puisse engendrer « une perte générale de maîtrise de leurs données par les individus, pouvant fragiliser la confiance dans les services

2176 Ce n'est qu'en droit de l'UE que cette spécificité trouve une traduction en droit positif. Ainsi, l'article 15 de la directive 95/46 dispose dans son premier alinéa que: « Les États membres reconnaissent à toute personne le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement, etc ». Dans le domaine de l'ex troisième pilier de l'UE, l'article 7 de la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, s'il n'est pas aussi protecteur des droits de la défense que la disposition précédente, dispose tout de même que: « Une décision qui produit des effets juridiques défavorables pour la personne concernée ou qui l'affecte de manière significative et qui est prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité n'est autorisée que si la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée est assurée par la loi ».

Enfin, en matière de droit spécifiquement applicable aux seules institutions communautaires, l'article 19 du règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données dispose que: « La personne concernée a le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, sa fiabilité ou son comportement, sauf si cette décision est expressément autorisée en vertu de la législation nationale ou communautaire ou, si cela s'avère nécessaire, par le contrôleur européen de la protection des données. Dans les deux cas, des mesures garantissant la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée doivent être prises, telles que des mesures lui permettant de faire valoir son point de vue ».

2177 En droit interne, l'article 10 de la loi informatique et liberté telle que réformée en 2004 dispose que: « Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité.

Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité. (...) ». La version originale de cette disposition dans la loi du 6 janvier 1978 était plus généreuse en terme de protection des droits de la défense, dans la mesure où elle assortissait ce droit pour la personne d'être entendu avant qu'une décision la concernant soit prise sur la base d'un traitement de données personnelles d'un droit de « connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés ». Voir ainsi la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dans sa version originale, article 2: «Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé.

Aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé » et article 3: « Toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés ».

2178 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, p. 154.

2179 *Ibid.*, p. 159.

numériques et porter atteinte aux libertés »<sup>2180</sup>. Le Conseil identifie les mêmes risques en terme d'autocensure que la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision de 1983<sup>2181</sup>. Il se propose, outre la reconnaissance d'un principe d'autodétermination informationnelle, de prévenir les atteintes qui pourraient y être portées par des procédés techniques de plus en plus perfectionnés. A ce titre, le Conseil d'État propose d'encadrer le recours aux algorithmes<sup>2182</sup>, tels ceux par exemple utilisés par les moteurs de recherche sur internet pour présenter les résultats de la recherche en fonction des requêtes déjà passées. Si l'utilité des algorithmes n'est plus à démontrer en ce qui concerne l'optimisation du fonctionnement de services sur internet, ils présentent néanmoins certains risques pour l'exercice des libertés, comme « l'enfermement de l'internaute dans une « personnalisation dont il n'est pas maître »<sup>2183</sup>. Pour éviter cela le Conseil préconise trois méthodes d'encadrement : « assurer l'effectivité de l'intervention humaine dans la prise de décision au moyen d'algorithmes ; mettre en place des garanties de procédure et de transparence lorsque les algorithmes sont utilisés pour prendre des décisions à l'égard d'une personne ; développer le contrôle des résultats produits par les algorithmes, notamment pour détecter l'existence de discriminations illicites »<sup>2184</sup>. Ce faisant, le Conseil d'État prolonge, par des propositions concrètes, d'actualiser les exigences du principe d'autodétermination informationnelle et, ce faisant, de promouvoir la protection de la dignité de la personne fichée.

## Section 2 – La protection des données personnelles, garantie contre l'arbitraire

Dire du droit des données personnelles qu'il protège les conditions élémentaires d'une société démocratique ne se réduit pas à constater le rôle positif qu'il joue à l'égard de la liberté des personnes fichées. Il ne s'agit pas seulement d'organiser cette liberté, d'en assurer la jouissance, mais également d'en permettre un exercice effectif, c'est à dire de le protéger à l'égard des empiétements arbitraires de l'État. A cet égard, il est possible de considérer le droit des données personnelles de manière négative comme une garantie contre l'arbitraire, de manière positive comme une garantie de la démocratie administrative<sup>2185</sup>. Cette dernière se définit comme l'inscription des aspirations constitutionnelles et ponctuelles de la démocratie constitutionnelle dans la vie quotidienne des citoyens ; l'inscription de leur citoyenneté non plus uniquement dans leur liberté participation mais dans leur liberté autonomie, non plus uniquement dans la sphère de la liberté politique mais dans celle de la liberté civile. C'est en ce sens que le droit des données personnelles, qui ne présente qu'une utilité sociale, doit être considéré comme une garantie de la

2180 *Ibid.*, p. 162. le CE illustre ainsi ce risque : « A l'image d'un boomerang, la donnée personnelle laissée par un individu et qui a circulé bien loin de son utilisation initiale peut revenir vers lui, sans qu'il en ait forcément conscience, sous la forme d'une publicité ciblée, du refus d'un employeur de le recruter, d'une usurpation d'identité ou de la surveillance exercée par une agence de renseignement » (*ibid.*).

2181 *Ibid.*, p. 163 : « les progrès de la vigilance des utilisateurs ne doivent pas dégénérer en autocensure dans l'exercice des libertés. Il faut à cet égard souligner que le droit à la vie privée, en protégeant les individus dans leurs intérêts particuliers, est aussi une institution collective permettant l'exercice d'autres libertés, car il prémunit les citoyens de la crainte de la surveillance ».

2182 *Le Petit Larousse illustré*, Larousse, 2013. Constitue un algorithme tout « Ensemble de règles dont l'application permet d'effectuer une opération plus ou moins complexe » (p. 32).

2183 Conseil d'État, rapport précité, p. 22.

2184 *Ibid.*, p. 23.

2185 DAUGERON Bruno, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public: retour sur la naissance d'un concept », *RFAP*, n° 137-138, 2011, pp. 21-37.

démocratie. Tout ce mouvement de développement des droits fondamentaux et des principes relatifs à la notion de bonne administration ne constitue que la concrétisation de grands principes du droit constitutionnel dans la permanence de l'État administratif de tous les jours. La citoyenneté administrative peut alors être considérée comme un mouvement de perfectionnement de la démocratie, par l'incarnation concrète de ses exigences au quotidien, non pas seulement en soi mais dans l'optique d'un accroissement de la légitimité de l'action de l'État. C'est en ce sens que l'on peut rattacher le droit des données au développement de la transparence administrative: ce n'est pas un hasard si les trois lois présentées comme fondatrices de cette variante de la citoyenneté, la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique, les fichiers et les libertés, la loi du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs et celle du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, ont été adoptées dans un laps de temps si court. Ces trois lois en questions ne constituent ainsi qu'un perfectionnement de la démocratie, une descente de ses exigences de la stratosphère constitutionnelle jusque dans le plus humble quotidien.

A cet égard, la loi du 6 janvier 1978 joue un rôle spécifique au sein de ces trois lois. Elle constitue une garantie de la démocratie en bridant l'exercice d'une liberté, celle de traiter des données personnelles, susceptible de conduire à un net renforcement de l'arbitraire administratif (§1). Face à cette extension des risques d'arbitraire du fait des TIC, le droit de la protection des données personnelles s'attache à protéger la démocratie administrative par un accroissement des garanties propres à le prévenir, constituant ainsi une garantie directe de la transparence administrative (§2).

## **§1 - Les TIC comme facteur d'accroissement de l'arbitraire**

Dans le langage commun et sous sa forme adjectivale, « arbitraire » désigne ce « qui dépend de la seule volonté », ce qui « n'est pas lié par l'observation de règles ». Sous sa forme nominale, l'arbitraire est défini comme ce qui est « soumis au libre arbitre, à la fantaisie de quelqu'un » et, par extension, désigne l'« autorité qui s'exerce selon le bon vouloir d'une personne ou d'un groupe »<sup>2186</sup>.

Dans son sens juridique, la notion d'arbitraire renvoie sous sa forme adjectivale soit au « caractère d'une décision (...) qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre », soit de manière péjorative au « caractère injuste d'une décision (ou du pouvoir de la prendre) ou d'une distinction qui n'est pas conforme aux exigences de la raison ou d'une morale et souvent dénuée de pertinence ». Dans cette acception, l'arbitraire est alors « parfois synonyme d'illégal ». Sous sa forme substantivée, l'arbitraire désigne le « pouvoir absolu dont les décisions ne sont soumises qu'aux caprices de ses détenteurs »<sup>2187</sup>.

Dans un sens ressortissant au domaine informatique, l'arbitraire renvoie, de manière générale, à « une variété d'arbitrage imparfaitement ou insuffisamment motivé ». De manière plus originale, le vocabulaire de l'informatique distingue deux acceptions pour ce même terme. Dans un premier sens, l'arbitraire en informatique renvoie à « l'arbitraire comme pouvoir humain consenti, rejeté ou souhaité. Jugé négativement, il est synonyme d'abus de pouvoir. Jugé positivement, pour sa sensibilité, c'est la décision côté cœur ». Dans un second sens, il est « distance entre l'élaboration de la décision humaine et l'élaboration de la décision avec l'aide d'une machine. Jugé négativement c'est la systématisation. Jugé positivement c'est l'objectivation. Par définition, cette

2186 *Le nouveau Petit Robert*, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, 2010, p. 129.

2187 CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007, pp. 69-70.

catégorie d'arbitraire nous place au cœur de la programmation »<sup>2188</sup>. Cette dernière conception de l'arbitraire est spécifique à l'activité informatique et emporte l'effet selon lequel « la programmation systématise et l'individu perd sa marge de manœuvre. L'arbitraire « humain » diminue, sous des deux aspects, positif et négatif. L'arbitraire « machine » augmente, sous ses deux aspects, positif et négatif »<sup>2189</sup>. Enfin, de manière plus opérationnelle, la protection contre l'arbitraire renvoie, faute de terme plus adéquat, à l'encadrement par le droit du pouvoir discrétionnaire, qu'il soit d'origine publique ou privée<sup>2190</sup>. Ainsi, l'étude des garanties contre l'arbitraire de décisions prises sur la base de traitements de données personnelles nécessite de prendre en compte conjointement les significations juridique et informatique de l'arbitraire, la seconde étendant le champ de la première.

En effet, la naissance puis le développement de l'informatique ont accru une tendance plus qu'ils ne l'ont suscitée, celle du renforcement de la portée et de la profondeur du pouvoir discrétionnaire d'origine administrative ou privée sur la vie des citoyens. Un tel risque a été perçu d'emblée par la doctrine<sup>2191</sup>. En effet, si les premiers développements de l'informatique et, au delà, des TIC, ont fait naître des appréhensions pour la protection de l'intimité de la vie privée, elles ont également suscité, de manière plus générale, la peur « d'atteintes aux libertés publiques par la rupture de l'équilibre entre gouvernants et gouvernés, la multiplication des informations à la disposition des gouvernants leur conférant un pouvoir accru sur les gouvernés »<sup>2192</sup>. L'informatique a dès lors amplifié le besoin de transparence administrative en constituant en lui-même un « facteur de concentration des pouvoirs »<sup>2193</sup>. La diffusion massive de ces technologies dans la société depuis l'avènement des NTIC a, à cet égard, conservé ces deux risques d'atteintes mais en étendant ce risque général de déséquilibre entre détenteurs d'informations et individus concernés, dans la mesure où, désormais, les traitements de données personnelles sont autant le fait des personnes publiques que des personnes privées.

Ce risque de développement de l'arbitraire administratif ayant été perçu dès l'origine de la diffusion des techniques informatiques dans la société, le droit des données personnelles comporte en son sein des garanties propres à juguler le surcroît d'arbitraire suscité par l'apparition et le développement de l'informatique en matière d'exercice du pouvoir discrétionnaire. Mais cette dimension n'a pas forcément été perçue à sa juste valeur dans notre ordre juridique, en raison de la tendance générale à assimiler le droit des données personnelles à la protection de la vie privée. Or, une telle propension n'est pas universelle. Il s'agit là certes d'une conception extrêmement courante dans les pays anglophones, qui dénie au droit des données personnelles

2188 LEGRAND Jacky, Aide à la décision : fragmentation ou dissolution de l'arbitraire?, in *Le droit, l'informatique et l'arbitraire*, Actes du colloque d'EPICURE du Jeudi 7 décembre 1989, Publications de la Sorbonne, 1991, p. 32.

2189 LEGRAND Jacky, *op. cit.*, p. 41.

2190 Sur la présence en droit privé d'un pouvoir discrétionnaire à l'instar du droit public, voir VENEZIA Jean-Claude, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome XVII, 1958, et notamment pp. 108-111. De manière plus générale, la doctrine privatiste note non seulement la présence mais également le développement de la notion d'acte unilatéral en droit privé. Voir à cet égard, d'une part, la thèse de GAILLARD Emmanuel, *op. cit.*, d'autre part la thèse d'ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 254, 1996 et, enfin, la thèse de LOKIEC Pascal, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

2191 Voir notamment VITALIS André, *Informatique, pouvoir et libertés*, Economica, 1981, p. 77 et 115, l'auteur prêtant à juste titre à l'informatique deux impacts majeurs sur l'exercice du pouvoir: respectivement, « l'alourdissement des contrôles sociaux » et la « concentration des pouvoirs ».

2192 FRAYSSINET Jean et KAYSER Pierre, « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *RDP*, 1979, p. 632.

2193 VITALIS André, *op. cit.*, p. 113.

toute existence autonome en ce qu'ils le désignent par le terme de « *privacy* »<sup>2194</sup>. En Europe même, une telle confusion est courante à raison de la proximité naturelle entre la protection de la vie privée et celle des données personnelles (voir *supra*, titre 1)

Pour autant, une telle conception revient à laisser de côté un des objectifs essentiels du droit de la protection des données personnelles qui, à l'inverse, se trouve mis en avant dans les États de langue portugaise et espagnole<sup>2195</sup>. En effet, dans un nombre significatif de ces derniers, le droit de la protection des données personnelles est avant tout considéré comme une garantie contre l'arbitraire du pouvoir, ce dont témoigne l'expression pour le désigner: l'*habeas data*. La référence implicite à l'*habeas corpus* met en évidence la primauté de la considération du droit de la protection des données personnelles comme d'un rempart contre l'arbitraire, tel qu'il s'exprime par des garanties procédurales: une décision portant effet juridique dans le chef d'un individu et prise en considération de ce dernier ne peut légalement intervenir sans que la personne concernée ait été mise à même de présenter ses observations. Pour cela, ce droit implique nécessairement que l'individu objet de la décision ait eu la possibilité de connaître l'existence du traitement ainsi que sa finalité et son contenu et l'identité de l'auteur. La référence appuyée à l'*habeas corpus* tient à la similarité de raisonnement présente dans les deux garanties: les TIC et les NTIC permettent de prendre facilement une décision ayant des effets juridiques sur la base de la représentation d'une personne par ses données personnelles. Dans ce cas, que le « corps » de la personne objet de la décision soit physique ou numérique ne change rien à l'exigence du respect des droits de la défense et, au delà, d'une certaine maîtrise de l'individu sur des données le concernant susceptibles de fonder une décision arbitraire.

Si cette expression n'est pas utilisée en droit français pas plus qu'en droit international positif, la réalité du concept de l'*habeas data* est reprise par l'essentiel des instruments de protection des données personnelles applicables dans l'ordre juridique français car « protéger le citoyen, ce n'est pas seulement protéger sa vie privée, mais c'est surtout aménager la relation de pouvoirs, entre personnes d'abord, entre individus, et autorité(s) publique(s) ensuite. Au droit négatif d'être laissé seul, au droit à l'oubli, se substituent peu à peu le droit d'être soi-même, le droit de disposer d'un pouvoir personnel et d'en négocier l'exercice dans sa relation avec la puissance d'autrui (publique ou non) »<sup>2196</sup>. Cette conception non pas individualiste et réduite à la seule protection de la vie privée – à l'instar de la *Privacy* aux États-Unis<sup>2197</sup> – mais proprement politique des enjeux de la

2194 Réduction que l'on peut constater sur la quasi-intégralité des sites internet de langue anglaise, qui comportent une rubrique intitulée « *privacy* » ou « *privacy policy* », mais que l'on retrouve également au sein de la doctrine internationale de langue anglaise. Voir ainsi BYGRAVE Lee A., *Data protection law – Approaching its rationale, logic and limits*, Kluwer law international, 2002, p. 37. Dans cette section recensant les objectifs poursuivis par le droit de la protection des données personnelles (« aims »), il ne fait pas mention de l'*habeas data* mais uniquement, au titre des objectifs de protection *per se* des droits fondamentaux, de la protection de la « *privacy* »: « Data protection laws typically express as one of their primary aims the safeguarding of individual persons' right to privacy ».

2195 GUADAMUZ Andreas, « Habeas Data vs. the European Data Protection Directive », *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 2000 (2), <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-2/guadamuz.html>>.

2196 POULLET Yves, « L'informatique menace-t-elle nos libertés? », in *La télématique, aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des Facultés de Notre-Dame de Namur, Story-scientia, Tome 1, p.207.

2197 La protection de la vie privée trouve aux États-Unis un fondement dans le quatrième amendement de la Constitution, au terme duquel « Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domicile, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive particulièrement le lieu à fouiller et les personnes ou les choses à saisir ». Mais la Cour suprême a, à l'inverse de la CEDH, une conception assez restrictive du droit au respect de la vie privée depuis sa décision *Katz. v. États-Unis* (1967) 389

protection des données personnelles justifie que le Parlement européen préconise, au terme de sa récente résolution sur les écoutes illicites organisées par la NSA, que soit adopté un plan prioritaire visant à l'instauration d'un « habeas corpus numérique européen » visant à « protéger les droits fondamentaux à l'ère numérique », impliquant l'adoption de la proposition de règlement de janvier 2012 ainsi que la conclusion d'un accord cadre entre l'UE et les États-Unis relatif à la protection des données personnelles lors d'échanges transfrontières<sup>2198</sup>.

Informatique et arbitraire ont ainsi partie liée. Cela explique que le droit des données personnelles prolonge en la matière les garanties contre l'arbitraire contenues dans le droit des relations entre administration et administrés. La protection des données personnelles apparaît ainsi comme garant de la transparence administrative.

## **§2 – La protection des données personnelles, garantie non exclusive de la transparence**

Dans son acception la plus stricte, la transparence se définit comme « la qualité de ce qui est psychologiquement ou intellectuellement facilement pénétrable »<sup>2199</sup>. Rapportée à la matière juridique, cette notion trouve à se déployer dans deux directions complémentaires. La première qui vient à l'esprit d'un publiciste est la transparence administrative. Elle se définit comme un ensemble de « procédés qui ont visé à améliorer les relations entre l'administration et les administrés c'est à dire non seulement ceux qui tendent à lever le secret administratif mais aussi ceux qui tendent à faire peser sur l'administration l'obligation d'accompagner son action de mesures de publicité ou d'information active, ou d'y associer les administrés, notamment par la consultation »<sup>2200</sup>. Le but est donc de rendre les interventions de l'administration plus supportables pour les administrés<sup>2201</sup> et, par là même, de permettre une réduction du contentieux administratif en amont et une meilleure application des décisions administratives. Pour autant, dans cette acception, l'emploi en droit du concept de transparence ne se limite pas à la seule matière administrative, même si elle en constitue le terrain de prédilection<sup>2202</sup>.

La seconde utilité de la notion de transparence en droit vient de ce qu'elle constitue, sur un plan plus individuel cette fois-ci, « l'application d'une définition générale de la liberté: la possibilité

U.S. 347, p. 361, qui ne permet pas de fonder en droit constitutionnel américain l'exigence de protection des données personnelles.

2198 Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures (2013/2188(INI)), conclusions, §§131 et ss.

2199 JEGOUZO Yves, « Le droit à la transparence administrative », *EDCE*, 1992, n° 43, La Documentation française, p. 199.

2200 *Ibid.*, pp. 199-200.

2201 Voir RIVERO Jean, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome II, Bruylant-Sirey, 1963, p. 813, qui évoque comme une évidence d'alors « cette mauvaise humeur latente, mais finalement acceptante, qui est l'état normal de tout administré à l'égard de l'administration »! Plus récemment, voir RAIMBAULT Philippe, L'accès aux documents administratifs consacré comme nouvelle garantie fondamentale, note sous CE 29 avril 2002, Ullman, *AJDA*, 9 septembre 2002, pp. 691-694 et spécialement p. 693, qui évoque la « bureaucratie » comme « nouveau visage de l'arbitraire ».

2202 La question de la transparence n'est ainsi pas étrangère au droit privé: VIGNAL Nancy, *La transparence en droit privé des contrats (approche critique de l'exigence)*, thèse, PUAM, 1998.

d'agir en connaissance de cause »<sup>2203</sup>. Cet emploi de la notion de transparence vient alors se couler dans le moule de la conception européenne des garanties procédurales de la vie privée, telles qu'évoquées *supra*. Dans ce cas, la transparence peut être considérée comme un principe-relais du principe de sécurité juridique. La transparence est donc recherchée en tant que garantie contre l'arbitraire tant pour sa fonction collective d'apaisement des relations entre l'administration et les administrés que pour sa fonction individuelle qui est de permettre à l'individu de prévoir les conséquences de ses actes. Le droit des données personnelles prend en compte cette double exigence, qu'il s'efforce de garantir de manière complète (B) là où celle offerte en la matière par la protection de la vie privée apparaît incomplète (A).

#### A/ La protection de la vie privée, garantie incomplète contre l'arbitraire

Le droit au respect de la vie privée protège la personne fichée contre l'arbitraire<sup>2204</sup>. Plus précisément, il conditionne l'exercice effectif de l'autonomie personnelle des personnes physiques en ce qu'il leur garantit une sphère au sein de laquelle leur libre-arbitre peut s'exercer librement, notamment<sup>2205</sup> sous réserve de ne pas méconnaître les droits et libertés d'autrui<sup>2206</sup>. Dans cette optique, le respect de la vie privée opère comme une garantie<sup>2207</sup>, dont l'effectivité conditionne le bon fonctionnement d'un régime démocratique. Dès lors, sa protection peut être considérée comme « fondamentalement fondamentale », c'est à dire doublement fondamentale à raison, d'une part, de sa protection en soi d'une valeur éminente et, d'autre part, en ce qu'elle constitue le fondement de l'effectivité d'autres valeurs elles-mêmes fondamentales, devenant pour ainsi dire la condition de l'effectivité d'un certain nombre d'autres droits et libertés fondamentales<sup>2208</sup>. En effet, « le droit au respect de la vie privée, de même que le droit à la protection des données, consacrent moins l'existence de droits subjectifs à la libre disposition de leurs titulaires, que certaines des conditions structurellement nécessaires à la vitalité d'une société démocratique délibérative »<sup>2209</sup>.

Dans le cadre d'une application classique du standard de la « société démocratique » inhérent

2203 BRAIBANT Guy, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard CHARLIER*, Éditions de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 704.

2204 Voir par exemple, dans le contexte de l'application de l'article 8 de la CESDH à des dispositifs de géolocalisation, la décision CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c/ Allemagne*, n° 35623/05, CEDH 2010, §71.

2205 La protection de la vie privée trouve l'intégralité de ses limites, dans l'article 8, §2 de la CESDH, qui énonce qu' : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

2206 Voir notamment CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, précité.

2207 POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, pp. 160-161: « A notre avis, le droit à la protection de la vie privée, nonobstant le fétichisme dont il est l'objet à la fois pour nombre de ses défenseurs les plus acharnés, et pour ses détracteurs les plus irréductibles, n'est rien d'autre qu'un *instrument* au service des capacités de développement personnel autonome, qui sont, dans un société donnée et à une époque donnée, nécessaires au fonctionnement démocratique du régime politique en vigueur ».

2208 BURKERT Herbert, « Dualities of Privacy – An introduction to «Personal data Protection and Fundamental Rights » », in PEREZ, PALAZZI, POULLET, « Privacy – new visions », Cahier du Crid n° 31, 2008, p. 21: « in short, we are no longer only talking about those rights which traditionally have been related to a person, her or his dignity and identity but we are dealing with all social engagements people might undertake in a social, economic, political and cultural community. What, in my view, could be summarized from the observations of the authors as indeed a « fundamentally fundamental right », a right fundamental to use of fundamental rights in an Information Society ».

2209 POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 180.

au §2 des articles 8, 9 ou 10 de la CESDH, le juge de Strasbourg a très tôt considéré que les atteintes portées à ce droit devaient se limiter au strict nécessaire admissible dans une telle société<sup>2210</sup>. C'est également la raison pour laquelle sa protection est assortie par la Cour européenne de garanties directement complémentaires, qui ne font pas partie *stricto sensu* de la notion de vie privée mais qui participent à son effectivité. Ainsi, pour être considérée comme conforme à la CESDH, une atteinte à la vie privée doit être prévisible, à l'instar de tout autre droit fondamental<sup>2211</sup>. Cette prévisibilité est assurée non seulement par le caractère public de la norme permettant de « définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes », mais également par le caractère « suffisamment accessible et prévisible » de cette norme<sup>2212</sup>.

Une illustration de ce contrôle classique est fournie par le contentieux relatif aux atteintes à la protection de la vie privée par des dispositifs de géolocalisation. à l'occasion de l'examen par la CEDH<sup>2213</sup> et la Cour de cassation française<sup>2214</sup> de la conventionnalité d'instruments encadrant ces procédés. Dans la première affaire, la Cour de Strasbourg a déduit l'absence d'arbitraire à raison tant de la prévisibilité et de la précision du texte organisant le recours à ces procédés en

2210 CEDH 6 septembre 1978, req. n° 13710/88, *Klass c/ Allemagne*, §42: « La principale question qui se pose en l'occurrence sur le terrain de l'article 8 (art. 8) consiste à savoir si les termes du paragraphe 2 (art. 8-2) justifient l'ingérence ainsi constatée. Ménageant une exception à un droit garanti par la Convention, ce paragraphe (art. 8-2) appelle une interprétation étroite. Caractéristique de l'État policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques ». Le respect de ce qui est nécessaire dans une société démocratique constitue la condition des violations légitimes par l'autorité publique de cet article. Ainsi, dans le même arrêt, §49: « La Cour souligne néanmoins que les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée ».

2211 CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, série A n° 82, §§ 67-68: « 67 (...) La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase "prévue par la loi" ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la "loi"; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention (arrêt *Silver et autres*, p. 34, par. 90; arrêt *Golder* du 21 février 1975, série A n° 18, p. 17, par. 34). Il implique ainsi - et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 (art. 8) - que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (rapport de la Commission, par. 121). Or le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret.

68 Puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la "loi" irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante - compte tenu du but légitime poursuivi - pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire ».

2212 CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, précité, §95: « La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les termes « prévue par la loi » signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. La loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. *Pour que l'on puisse la juger conforme à ces exigences, elle doit fournir une protection adéquate contre l'arbitraire* et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes ».

2213 CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c/ Allemagne*, n° 35623/05, CEDH 2010.

2214 Ccass, ch. crim., 22 octobre 2013, n° 13-81945, Bulletin criminel 2013, n° 196 ; Ccass., ch. crim., 22 octobre 2013, n° 13-81949, Bulletin criminel 2013, n° 197.

Allemagne, que de l'existence d'un contrôle judiciaire efficace<sup>2215</sup>. Dans un contexte factuel et juridique similaire, les dispositions permettant en France le recours à de tels procédés ont été considérés par la Cour de cassation comme contraires à l'article 8 de la CESDH. En effet, la Cour a considéré que les dispositions qui fondaient le recours à de tels traitements de données étaient par trop lacunaires, donc peu prévisibles, et que leur mise en œuvre ne s'accompagnait pas de la garantie que constitue le contrôle d'un juge indépendant<sup>2216</sup>. Ces deux dernières décisions sont d'ailleurs directement à l'origine de la récente loi relative à la géolocalisation, formalisant ainsi de manière expresse les exigences de la CEDH<sup>2217</sup>.

Cette obligation de prévisibilité dans l'atteinte est particulièrement exacerbée dans le contexte de la multiplication exponentielle des traitements de données personnelles qui caractérise la société de l'information.

En effet, les NTIC menacent l'autodétermination personnelle garantie par un respect effectif de la vie privée en ce qu'elles démultiplient des possibilités de traitement invisible des données personnelles. Cette évolution présente un risque mis clairement en évidence par la Cour constitutionnelle allemande, dans son arrêt du 15 décembre 1983 relatif à la constitutionnalité du recensement de la population. Cette juridiction a ainsi explicitement mis « en garde contre le risque que les individus « s'autocensurent » automatiquement, voire inconsciemment, de crainte d'adopter des comportements qui seraient perçus comme déviant ou simplement étranges par autrui dans la mesure où ces comportements seraient rendus « publics » ou simplement connus de décideurs en raison de la mise en œuvre de certaines innovations dans le domaine des

2215 CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c/ Allemagne*, n° 35623/05, CEDH 2010, §§ 60-61, 64-65 et 72.

2216 Ccass, ch. crim., 22 octobre 2013, n° 13-81945, Bulletin criminel 2013, n° 196 : « " 1°) alors qu'une mesure dite de « géo-localisation » consistant à surveiller les déplacements d'une personne par le suivi de son téléphone mobile constitue une ingérence dans la vie privée de cette personne, qui ne peut être légalement effectuée que dans les conditions prévues par l'article 8, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que l'ingérence doit donc être prévue par une loi présentant les qualités requises par la jurisprudence de la Cour européenne dans son interprétation de l'article 8 alinéa 2, indépendamment du caractère proportionné ou nécessaire de la mesure qui est par ailleurs et cumulativement requis ; qu'il est constant qu'aucune loi ne prévoit ni n'organise la surveillance des téléphones portables et de leurs déplacements ; que la seule circonstance que la mesure est placée sous le contrôle du juge d'instruction ne peut pallier l'absence de loi suffisamment précise, accessible, prévisible et émanant d'un organe compétent pour la créer ; que ne répond pas à ces exigences le texte général de l'article 81 du code de procédure pénale ; que la chambre de l'instruction a violé l'article 8, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et l'article 81 du code de procédure pénale par fautive application ;

" 2°) alors qu'une loi ne répond aux qualités requises par l'article 8, alinéa 2, de la Convention pour justifier une ingérence dans la vie privée qu'à condition de prévoir des limites, notamment dans le temps, aux mesures de surveillance et d'en organiser la fin ou l'extinction ; que la chambre de l'instruction a, en validant les géolocalisations contestées, violé les textes susvisés " » ; confirmé le même jour dans Ccass., ch. crim., 22 octobre 2013, n° 13-81949, Bulletin criminel 2013, n° 197.

2217 Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *JORF* n°75 du 29 mars 2014, p. 6123. Son dispositif a par ailleurs été déclaré conforme à la Constitution dans la Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, *JORF* du 29 mars 2014 page 6125, texte n° 2 (@ 2), le Conseil constitutionnel estimant que « le législateur a entouré la mise en œuvre de la géolocalisation de mesures de nature à garantir que, placées sous l'autorisation et le contrôle de l'autorité judiciaire, les restrictions apportées aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité et ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard de la gravité et de la complexité des infractions commises ; que, par ces dispositions, le législateur n'a pas opéré entre les droits et libertés en cause une conciliation déséquilibrée » (considérant 17). Pour une étude d'ensemble, voir BUISSON Jacques, « La géolocalisation enfin prévue par une loi », *Procédures*, août 2014, pp. 7-11.

technologies de l'information »<sup>2218</sup>. La Cour constitutionnelle allemande a ainsi considéré de manière précoce que « si l'individu ne sait pas si un comportement déviant est remarqué et enregistré de façon permanente en tant qu'information, il essaiera de ne pas attirer l'attention sur un tel comportement. S'il craint que la participation à une assemblée ou à une initiative des citoyens soit officiellement enregistrée et qu'il coure personnellement des risques en raison de cette participation, il renoncera probablement à l'exercice de ses droits. Ceci n'a pas seulement un impact sur ses chances de se développer, le Bien être commun (« Gemeinwohl ») en est aussi affecté car l'autodétermination est une condition élémentaire fonctionnelle dans une société démocratique libre, basée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer »<sup>2219</sup>.

Ce faisant, la haute cour allemande ne fait elle même qu'explicitier et systématiser la jurisprudence *Whalen v. Roe* de la Cour suprême des États Unis d'Amérique. Cette dernière trouve son origine dans une loi de l'État de New-York créant un fichier centralisé recensant les noms et adresses des personnes ayant eu accès à certains médicaments sur prescription médicale. La Cour a consacré dans cette affaire un droit constitutionnel à la vie privée (« privacy ») divisé en deux branches: la confidentialité et donc la non révélation d'informations personnelles d'une part, l'« indépendance dans la prise de décision » (« independence in decisionmaking »), d'autre part. Ce second volet trouve son origine dans la prise en considération en droit des théories relatives aux normes sociales, notamment dans celles d'Erving Goffman<sup>2220</sup>.

Dans ce contexte, la protection de la vie privée joue un rôle de garantie institutionnelle de la démocratie en préservant au profit de l'individu une plage d'autonomie personnelle prévisiblement non surveillée. L'objectif est alors d'éviter le modèle de société imaginé par George Orwell dans son roman 1984, tel que caractérisé par l'autocensure permanente imposée par l'omniprésence des « télécrans ».

## B/ La protection des données personnelles, garantie complète contre l'arbitraire

Hormis le cas particulier du droit européen qui tend à considérer les démembrements de la transparence comme des obligations positives attenantes aux droits et libertés garanties dans la CESDH, le principe de transparence administrative fait l'objet d'une consécration en tant que principe autonome en droit interne aussi bien qu'en droit de l'UE. Dans les deux cas, le contenu de cette transparence cherche à répondre à trois objectifs distincts: « que les individus soient en mesure de *connaître* l'action des autorités publiques » par la publicité des décisions et surtout le droit d'accès aux documents administratifs ; « l'administré doit pouvoir *comprendre* la décision que l'Administration lui impose », objectif atteint par la clarté formelle des textes ainsi que par la motivation des décisions ; « que les administrés soient *associés* à la prise de décision » par le biais

2218 POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 162.

2219 Cour constitutionnelle allemande, décision du 15 décembre 1983 précitée, traduction extraite de POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 175.

2220 Voir sur ce sujet précis GOFFMAN Erving, *La mise en scène de la vie quotidienne 1 : La présentation de soi et La mise en scène de la vie quotidienne. 2. Les relations en public*, Les Editions de Minuit, 1973. L'influence de cet auteur majeur de la sociologie n'est qu'implicitement rappelée par un auteur américain spécialiste des questions relatives aux données personnelles : SCHWARTZ M. Paul, « Internet Privacy and the State », *Connecticut Law Review*, 1999-2000, vol. 32, p. 840: « To explain these negative implications of greater community access to personal data, I wish to draw on social norm theory and, in particular, the concept of "preference falsification." Social norm theorists have explored the phenomenon of modification of personal beliefs in response to social pressures under circumstances large and small. Such tailoring frequently leads-people for a short or long period to join a perceived majority position." One aspect of this process, preference falsification, provides special help in indicating the importance of access to personal information ».

de procédures contradictoires et de consultation<sup>2221</sup>. Dans les deux cas également, la consécration du principe de transparence administrative s'est révélée nécessaire en raison de carences constatées en terme de démocratie.

Ainsi, pendant longtemps en droit interne, « l'existence de la démocratie parlementaire, parce qu'elle consacre la participation des citoyens à l'élaboration de la règle suprême va dispenser de toute autre participation »<sup>2222</sup>, notamment en matière administrative. Mais la montée continue en puissance du pouvoir exécutif par rapport au pouvoir législatif, notamment depuis l'avènement de la V<sup>ème</sup> République en France, explique qu'assez rapidement, l'élément central du dispositif de transparence administrative, le droit d'accès aux documents administratifs, se soit vu en doctrine qualifié de « droit de l'homme de troisième génération »<sup>2223</sup> ou de « liberté publique »<sup>2224</sup> et, plus récemment en droit positif, de « garantie fondamentale pour l'exercice des libertés publiques » au sens de l'article 34 de la Constitution<sup>2225</sup>.

En droit de l'UE, la consécration du principe de transparence est plus tardive qu'en droit interne, mais elle n'en paraissait pas moins inévitable. En effet, le déficit démocratique est consubstantiel aux débuts de la construction communautaire, et n'a été infléchi qu'assez récemment. Un tel constat explique qu'à l'occasion de la signature du Traité de Maastricht, les États membres adoptèrent une déclaration reconnaissant que « la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance du public envers l'administration »<sup>2226</sup>. Cette déclaration fut suivie un an plus tard d'un accord interinstitutionnel portant sur « la transparence, la démocratie et la subsidiarité »<sup>2227</sup>, concrétisé par un « code de conduite »<sup>2228</sup> fixant les grandes lignes de l'accès aux documents des institutions communautaires. Il a fallu attendre le Traité d'Amsterdam pour que soit introduit dans le traité CE sous l'article 255

2221 COUDRAY Ludovic, « La transparence et l'accès aux documents », in AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 519.

2222 ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXIX, 1968, p. 223. L'auteur explicite cette situation p. 222: « La limitation de la démocratie au domaine politique était, en effet, logique et cohérente dans la construction des fondateurs de la démocratie française. Proclamant, d'une part, la primauté et l'exclusivité de la Loi dans le façonnement de l'ordre juridique auquel est soumis le citoyen et assurant, d'autre part, la participation de ce même citoyen à l'élaboration de la Loi par le biais du système représentatif, ils pouvaient légitimement estimer avoir établi un régime pleinement démocratique. Mais la valeur d'une telle démocratie limitée à l'ordre politique est fonction du maintien des postulats révolutionnaires sur la Loi source exclusive du droit et le Parlement centre unique de création de ce droit. Elle est considérablement réduite lorsque, en dehors du centre de décision législatif auquel est assurée la participation démocratique des citoyens, se juxtaposent ou se substituent d'autres centres de décision auxquels ils ne sont pas associés ». Dont le pouvoir exécutif, exercé par l'administration et singulièrement mis en avant dans le cadre de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République.

2223 BRAIBANT Guy, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Éditions de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 704.

2224 MAISL Herbert, « Information administrative et droit. Évolutions et évaluation », in *L'État de droit, mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 489 : Ce droit à l'information « apparaît comme un droit créance, un droit de l'homme d'une nouvelle génération, en tout cas une liberté publique ».

2225 PIVETEAU Denis, « Le droit d'accès aux documents administratifs est-il une garantie fondamentale pour « l'exercice des libertés publiques » au sens de l'article 34 de la Constitution? », conclusions sous CE 29 avril 2002, Ullman, *RFDA*, janvier-février 2003, pp. 135-140.

2226 Déclaration n° 17 annexée à l'acte final du traité sur l'Union européenne, 7 février 1992, JOCE, C 191 du 29 juillet 1992.

2227 Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur la transparence, la démocratie et la subsidiarité, 25 octobre 1993, Bulletin CE, 1993, n° 10, pp.28-29.

2228 Code de conduite concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission, JOCE, L 340 du 31 décembre 1993, pp. 41-42.

TCE le principe selon lequel « Tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, sous réserve des principes et des conditions qui seront fixés » par le législateur communautaire. Ces « principes et conditions » firent l'objet du règlement 1049/2001 et, consécration suprême, le droit d'accès aux documents et institutions de l'Union a été inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE sous l'article 42<sup>2229</sup>. En tant que tel, le principe de transparence est inscrit aux articles 1<sup>er</sup> TUE et 10 TUE ainsi qu'à l'article 15 TFUE.

Mais ce principe est également consacré pour partie par le droit des données personnelles, même si son rôle est le plus souvent mal perçu par la doctrine, qui le réduit à la protection de la vie privée de l'administré<sup>2230</sup>. Or, son rôle est plus large : s'il n'est pas suffisant en lui-même à assurer l'intégralité de la transparence administrative, sur certains points, il la prolonge et l'étend, constituant à cet égard une garantie de la démocratie administrative. Le professeur Pierre-Alain Weill isole au sein du droit des données personnelles trois composantes de la transparence garanties par ce régime: le droit à la loyauté, le droit d'être informé et le droit d'accès et de rectification<sup>2231</sup>. Une telle définition doit être complétée car le rôle de protection de la transparence, notamment administrative, assuré par le droit des données personnelles, est plus étendu que la plupart des autres dispositifs consacrés à cette tâche.

Dans un premier temps, le droit des données personnelles garantit la transparence administrative au moyen du droit d'accès à l'information qu'il comporte. Ce droit spécial est conceptuellement très proche du droit général d'accès aux informations administratives, mais il s'en distingue par les droits complémentaires d'opposition et de rectification des données personnelles obtenues dans ce cadre. En droit français, la proximité est forte entre le droit des données personnelles et le droit d'accès aux documents administratifs car, historiquement, la transparence administrative naît avec le vote des trois lois des 6 janvier 1978 sur l'informatique, les fichiers et les libertés, du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs et du 3 janvier 1979 sur les archives. Ces trois lois forment en France le premier socle de la transparence administrative, dont l'objet est de placer l'administré dans un rapport avec l'administration qui ne soit pas totalement déséquilibré au profit de cette dernière<sup>2232</sup>. Toutefois, en admettant que ces

2229 Au terme duquel « Tout citoyen de l'Union ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support ».

2230 De manière implicite, voir BRAIBANT Guy, *op. cit.*, p. 703. Plus récemment et de manière explicite, voir DUMONT Gilles, *La citoyenneté administrative*, thèse, Paris II, 2002, p. 460 : « Si l'on entend par transparence administrative le mouvement législatif et réglementaire concrétisé en particulier par les trois lois de 1978 et 1979, de tels textes ont certes pour vocation d'améliorer les relations entre administration et administrés ; mais bon nombre de leurs dispositions ont peu à voir avec la citoyenneté et même plus largement avec la démocratie administrative. L'essentiel des « droits de l'homme de troisième génération », comme on les a qualifiés, sont en effet bien des droits de l'homme, non des droits du citoyen. Le cas de la loi relative à l'informatique et aux libertés est à cet égard particulièrement clair : le droit de communication que consacre son article 34 vise à renforcer la protection de la vie privée, par la possibilité d'obtenir la communication des informations nominatives la concernant ».

2231 WEILL Pierre Alain, « État de la législation et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles en droit pénal français », *RIDC*, 1987, n° 3, p. 664.

2232 LASSERRE Bruno, LENOIR Noëlle, STIRN Bernard, *La transparence administrative*, PUF, 1987, pp. 3-4 : « Les liens entre les trois lois votées en 1978 et 1979 sont, en effet, étroits. Ils ne se tiennent pas seulement à la concomitance de ces textes. Ils ne se limitent pas non plus aux renvois d'un texte à l'autre inscrit dans plusieurs de leurs articles. Ils résultent surtout d'une communauté d'inspiration: ces trois lois ont pour objet d'améliorer et de rénover les rapports de l'administration et des citoyens en donnant à ceux-ci des droits nouveaux d'accès à l'information ; elles visent à assurer plus d'ouverture et de transparence aux services publics ».

« trois lois de 1978-1979 so[ie]nt soutenues par une liberté publique »<sup>2233</sup> commune, chacune met en œuvre ce droit en privilégiant une approche spécifique. Ainsi, la loi informatique et libertés serait, dans l'esprit de cet auteur, « une loi qui privilégie la défense de la vie privée », la loi du 17 juillet 1978 « repose sur une logique de transparence et vise avant tout à faire reculer le secret administratif » et la loi sur les archives « obéit à une logique de conservation et de communication »<sup>2234</sup>.

Le lien entre protection des données personnelles et souci de transparence, quoique non réduit à la seule transparence administrative, se retrouve également consacré, quoique de manière plus discrète, en droit international. Ainsi, les *lignes directrices* de l'OCDE relatives aux traitements de données personnelles consacrent un paragraphe intitulé « *principe de la transparence* » à cette question<sup>2235</sup>. En droit communautaire en revanche, les deux droits font l'objet de considérations distinctes<sup>2236</sup>.

Cette proximité entre le droit des données personnelles et le droit d'accès aux documents administratifs est également le fait d'un recoupement, qui a pu être concurrentiel, entre les dispositions respectives de chacun de ces instruments. Il est ainsi revenu aux jurisprudences tant interne que communautaire de préciser l'articulation entre ces deux régimes.

Une telle articulation a dû être précisée en droit interne car la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs instaure un droit général d'accès à l'information administrative susceptible d'entrer en concurrence avec le droit d'accès aux informations personnelles instauré par la loi du 6 janvier 1978. La délimitation entre les domaines respectifs de ces deux lois apparaissant comme « artificielle »<sup>2237</sup>, il est revenu à la jurisprudence de dégager un critère répartiteur entre ces deux normes.

Pourtant, *a priori*, la question du champ de compétence de ces deux lois semblait réglée *ab initio*, la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs faisant ostensiblement figure de norme générale quand la loi du 6 janvier 1978, bien antérieure, faisait figure de norme spéciale. Mais dans les faits, « lorsque la demande d'accès porte sur des documents nominatifs, le domaine des deux lois devient sensiblement identique »<sup>2238</sup>. La doctrine avait notamment établi une distinction entre le droit d'accès aux données personnelles garanti par la loi du janvier 1978 et le droit d'accès aux documents administratifs institué par la loi du 17 juillet 1978. Ainsi, Guy Braibant considérait que la réunion des deux permet de distinguer un « droit de savoir », qui se déclinerait en un « droit d'accès » garanti dans le premier instrument et un « droit à l'information dans le second »<sup>2239</sup>. Selon ses termes, le premier se définit comme « la possibilité, pour chacun, de connaître les informations qui ont été réunies sur son compte, les « données » et le second comme « la possibilité, pour tous, de consulter les documents et les dossiers qui présentent un intérêt général »<sup>2240</sup>. Il considère que le premier de ces droits constitue une « liberté individuelle, qui se rattache aux droits de la personne » et que le second constitue « une liberté

2233 MAISL Herbert, « Information administrative et droit. Évolutions et évaluation », in *L'État de droit, mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 495.

2234 *Ibid.*, p. 495.

2235 OCDE, lignes directrices sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, §12.

2236 Ainsi, dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE, le droit d'accès aux données personnelles est garanti à l'article 8,2, quand le droit d'accès aux données administratives est inscrit à l'article 42,2,b.

2237 PREUSS-LAUSSINOTTE Sylvia, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 209, 2000, p. 319.

2238 PREUSS-LAUSSINOTTE Sylvia, *op. cit.*, p. 324.

2239 BRAIBANT Guy, *op. cit.*, p. 704.

2240 *Ibid.*, p. 703.

publique, qui appartient aux citoyens »<sup>2241</sup>.

Mais le problème s'est posé devant le juge administratif de la détermination d'un critère répartiteur plus précis entre ces deux lois. Le Conseil d'État a alors jugé dans son arrêt *Bertin* de 1983 « qu'il ressort des dispositions combinées des articles 3 et 6 bis de la loi du 17 juillet 1978 modifiée par la loi du 11 juillet 1979 que le droit à la communication des documents administratifs institué par cette loi ne peut s'exercer que dans la mesure où les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relatives à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne sont pas, elles-mêmes, applicables »<sup>2242</sup>. Une telle distinction a par la suite été inscrite dans le droit positif français<sup>2243</sup> ainsi qu'en droit de l'UE<sup>2244</sup>. Pour autant, l'individualisation de ces deux droits au sein de deux instruments distincts pas plus que l'introduction en leur sein de dispositions visant à leur bonne articulation n'ont résolu l'ensemble des questions liées à cette dernière. Ainsi, le principe même de l'articulation de ces deux textes doit être nécessairement pris en compte par les autorités communautaires qui ne peuvent s'abriter derrière l'existence de textes distincts. Les renvois opérés entre ces deux ensembles textuels de l'un vers l'autre imposent un examen de ce type de questions à l'aune des deux régimes juridiques, quand bien même la demande initiale ne viserait que l'un deux<sup>2245</sup>.

De manière moins directe, le droit des données personnelles contribue également à garantir la transparence à raison du renfort qu'il constitue pour préserver l'obligation de loyauté s'imposant à l'administration vis à vis de ses administrés. Cela tient à l'obligation pour tout auteur d'un

2241 *Ibid.*, p. 703.

2242 CE Ass., 19 mai 1983, *Bertin*, n° 40680, rec. p. 407.

2243 L'article 1er de la loi du 17 juillet 1978, dans sa version modifiée par l'ordonnance n°2009-483 du 29 avril 2009, garantit dans son premier alinéa la liberté d'accès aux documents administratifs, documents qu'elle définit dans son alinéa 2 comme: « quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions ». Son article 3, dans sa version modifiée par les articles 2 et 3 de l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005, semble prévenir a priori efficacement les conflits susceptibles de survenir entre la loi informatique et libertés et la loi relative à l'accès aux documents administratifs, dans la mesure où il dispose que: « Sous réserve des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, concernant les informations nominatives figurant dans des fichiers, toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées ».

2244 Ainsi, le Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43), dans son article 4, paragraphe 1, sous b), prévoit une exception à l'exercice de ce droit dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection « de la vie privée et de l'intégrité de l'individu, notamment en conformité avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel ». Pour un rappel de l'absence de prévalence de ce droit avec le droit des données personnelles, et leur nécessaire articulation *in concreto*, voir l'arrêt précité CJUE, gr. ch., 29 juin 2010, *Commission c/ Bavarian Lager*.

2245 TPI, 7 juillet 2011, *Valero Jordana contre Commission européenne*, aff. T-161/04, Rec. 2011, p. II-00215, §100 et 102: « En invitant le requérant à présenter une nouvelle demande d'accès au titre du règlement n° 45/2001 auprès d'un autre organe de l'institution, la Commission a non seulement méconnu le libellé de l'article 4, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 1049/2001, qui établit un lien explicite entre les règlements n°s 1049/2001 et 45/2001, mais a également adopté une position contraire aux exigences d'une bonne administration. [...] Il appartient à l'institution destinataire d'une demande d'accès à des documents comprenant des données à caractère personnel, fondée sur le règlement n° 1049/2001, de fournir une réponse dans les délais prévus par ce texte et en appliquant le règlement n° 45/2001, au besoin en assurant une coordination des personnes ou des services habilités à traiter les demandes d'accès fondées sur le règlement n° 1049/2001 et la protection des données à caractère personnel ».

traitement de données de procéder loyalement à la collecte et à l'utilisation de ces informations. Cela implique, d'une part, l'information préalable des individus dont les données font l'objet d'un traitement, d'autre part, de ne pas tromper l'individu dont les données sont recueillies en collectant ces informations à son insu, ou de ne pas utiliser les données en cause avec la finalité explicitement indiquée du traitement, enfin, de porter à la connaissance de la personne dont les données sont traitées, préalablement à toute collecte, la nature des données recueillies ainsi que la finalité d'une telle collecte. L'obligation de loyauté existait déjà sous l'ancien régime de la loi du 6 janvier 1978<sup>2246</sup>, en étant toutefois limitée à la seule collecte. La directive 95/46<sup>2247</sup>, reprise par la loi du 6 août 2004 modifiant la loi du 6 janvier 1978<sup>2248</sup>, a confirmé ce principe et l'a étendu au traitement lui-même. Elle implique que la collecte de ces données ne soit pas réalisée à l'insu de la personne concernée. La répression de tels comportements a été organisée hors de la loi informatique et libertés par le législateur en matière pénale<sup>2249</sup> ainsi que par le juge judiciaire. Ainsi, ce dernier a pu, dans ses premières décisions, estimer qu'une collecte d'informations sur la solvabilité des personnes auprès de concierges, de gardiens d'immeubles ou de syndics était déloyale<sup>2250</sup>. Ce faisant, le droit des données personnelles systématise une obligation de loyauté qui n'est consacrée de manière générale que par la jurisprudence tant internationale que nationale<sup>2251</sup>. Ainsi, pour le professeur Patrick Wachsmann, la CEDH imposerait une « obligation de loyauté » pesant sur les autorités administratives. La dénomination de cette obligation est variable: « on parlera ainsi d'obligation de loyauté, de moralité, de bonne foi, ou de l'obligation d'avoir un comportement correct et équitable. Toutes ces expressions renvoient à l'idée qu'il n'est pas admissible que les autorités publiques adoptent un comportement qui ne cadrerait pas avec le modèle qu'elles se doivent d'offrir aux individus placés sous leur juridiction. L'État doit, en somme, être exemplaire, ou du moins ne pas contredire trop ostensiblement le modèle d'une conduite exemplaire »<sup>2252</sup>. Cet auteur distingue plusieurs corollaires à cette obligation, dont celle d'agir dans la légalité et de bonne foi, d'exclure l'emploi de « stratagèmes destinés à surprendre les individus, quand bien même ce serait en vue de mettre en œuvre des mesures prévues par la loi » et d'interdire à l'État de « jouer de la complexité de son organisation au détriment d'individus inévitablement en position de faiblesse par rapport à lui »<sup>2253</sup>. En outre, le droit des données personnelles étend cette exigence au delà du seul champ des informations des pouvoirs publics, en ce qu'il s'impose indifféremment aux personnes publiques et aux personnes privées auteur d'un traitement de données. Mais surtout, il apporte à la transparence une garantie complémentaire en consacrant l'existence de la CNIL. Dans le cadre restreint du droit de la protection des données personnelles et non dans celui plus large du droit des données personnelles, dans lequel elle constitue une autorité de police administrative spéciale, cette dernière est susceptible d'agir

2246 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF 7 janvier 1978, p. 227, Article 25.

2247 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31-50, Article 6,1, a).

2248 Loi n°78-17 du 6 janvier 1978, dans sa version actuelle, article 6,1.

2249 Code pénal, article 226-18 : « Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende ».

2250 FRAYSSINET Jean, note sous TGI de Nantes 16 décembre 1985, *Rec. Sirey Dalloz*, 1986, pp. 471-476.

2251 De manière générale, sur la notion de loyauté, voir le dossier consacré à cette notion dans l'exemplaire pour 2014 de la *Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, et plus spécialement la contribution de GUYOMAR Matthias, « La loyauté en droit administratif », pp. 59-68.

2252 WACHSMANN Patrick, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, n°38, p. 2144.

2253 *Ibid.*, p. 2145.

comme un Médiateur spécialisé. Le droit de la protection des données personnelles, en impliquant le recours à une AAI, duplique ainsi un dispositif propre à la transparence administrative. En effet, pour le professeur Yves Poullet, la CNIL dispose dans le cadre de cette fonction de transparence d'une fonction d' « *ombudsman*, ayant à la fois pour tâche d'aider individuellement les personnes à défendre leurs droits auprès des tribunaux traditionnels mais également pour devoir de rendre compte au public, et en particulier, au législateur des problèmes de société soulevés par l'informatisation, c'est à dire d'aider à la transparence »<sup>2254</sup>.

### Conclusion du Chapitre 2:

Il résulte de ce qui précède que le droit de la protection des données personnelles ne se borne pas à garantir le seul droit au respect de la vie privée, quand bien même le concept de vie privée enflerait jusqu'à la démesure ; la croissance de son champ d'application n'en restera pas moins limitée par le concept même de vie privée. *A contrario*, le droit de la protection des données personnelles n'est pas entravé par une essence ou une notion qui en limiterait préalablement le champ d'action, étant donné que la notion de données personnelles est purement fonctionnelle. Ce droit vise donc à prémunir la personne fichée contre la violation de tous ses droits et libertés, du moment qu'elle a lieu par le biais d'un traitement de données personnelles. Dans cette fonction, le droit des données personnelles ne vise pas à protéger la seule vie privée de la personne fichée mais constitue une garantie générale de la liberté de la personne humaine en la protégeant de tout déterminisme et de tout arbitraire.

2254 POULLET Yves, « L'informatique menace-t-elle nos libertés? », in *La télématique, aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des Facultés de Notre-Dame de Namur, Story-scientia, Tome 1, pp.203-204.

## Conclusion du Titre 1:

Dire du droit des données personnelles qu'il est fondé sur un équilibre entre les intérêts juridiquement protégés des auteurs de traitements de données et ceux des personnes fichées présuppose d'identifier précisément ces deux intérêts antagonistes. Tel est le cas pour les premiers, attachés à jouir de leur liberté de traitement des données personnelles. Mais l'intérêt des seconds ne se réduit pas, comme cela est généralement véhiculé, à la seule protection de leur vie privée. Si l'objet de la protection de la personne fichée est aussi souvent réduit à la protection de sa vie privée, c'est parce qu'il existe deux motifs sérieux pour ce faire. Le premier est que la protection effective de la vie privée ne peut aujourd'hui se dispenser, si elle veut être accomplie de manière réaliste, des concepts et instruments du droit des données personnelles. Le second est que l'enjeu d'intérêt général à la base de la protection de la vie privée recoupe largement celui du droit des données personnelles : tous deux constituent des garanties élémentaires de la liberté des personnes physiques, conditionnant ainsi tous deux l'existence même d'un régime démocratique.

La seule différence entre les deux, mais elle est de taille, tient à ce que le droit des données personnelles protège, outre la liberté de l'auteur de traitements, tous les droits et libertés de la personne fichée contre un type d'atteinte, celle perpétrée par voie informatique, quand le droit au respect de la vie privée ne protège qu'un seul intérêt contre toutes les modalités techniques d'atteinte. Le droit des données régleme une activité libre, l'informatique, et ne protège pas une essence ou un intérêt qui serait l'idée même de vie privée. Il en résulte que son champ d'application est incomparablement plus étendu que celui couvert par la protection de la vie privée, même dans le cadre d'une interprétation particulièrement extensive de cette dernière.

Ce n'est alors qu'une fois ce deuxième intérêt précisément déterminé qu'il est possible d'apprécier l'équilibre réalisé par le législateur entre ces deux intérêts au sein des instruments du droit des données personnelles. Cet équilibre matérialise un choix politique libéral en faveur de la liberté de traitement des données personnelles, impliquant qu'elle constitue le principe, et la protection de ces données, l'exception.



## Titre 2

### LE DEVELOPPEMENT D'UN ORDRE LIBERAL

L'enjeu du droit à ou de la protection des données personnelles a été posé. Malgré son importance, une telle protection ne peut jouer que de manière exceptionnelle parce qu'elle n'a pas été consacrée en elle-même et pour elle-même mais seulement dans le cadre de sa relation avec la liberté de traitement. La protection des données personnelles ne se comprend pas sans relation avec cette liberté, hors du contexte particulier de la société de l'information, c'est à dire d'une liberté par principe de l'utilisation des moyens informatiques.

D'une part, la protection des données ne constitue au sein du droit des données que l'exception au principe de la liberté de traitement. En effet, l'ordre public spécial des données personnelles constitue un équilibre, préalablement défini par le législateur, entre les enjeux fondant la liberté de traitement des données personnelles et ceux fondant leur protection. Le sens de cet équilibre est inscrit dans le régime de la police administrative spéciale des données personnelles : la liberté de traitement constitue le principe et sa protection l'exception, et ce de plus en plus nettement. Les dispositions relatives aux données personnelles s'inscrivent donc nécessairement dans la continuité de cet ordre libéral, qui vise à la libéralisation des traitements de données personnelles.

Il n'est donc *a priori* pas pertinent de tenter de définir le droit relatif à la protection des données personnelles indépendamment du reste du droit des données personnelles. Or, c'est bien ce qu'ont proposé les auteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'UE lorsqu'ils ont reconnu un « droit à la protection des données personnelles », relayant ainsi une demande doctrinale. Mais ce droit, que la doctrine et la Charte tentent d'autonomiser, ne constitue qu'une mesure compensatoire à l'instauration d'un régime libéralisant le recours au traitement de données personnelles. Le droit à la protection des données personnelles ne constitue pas une valeur en soi mais un bouquet de valeurs et de principes, regroupés sous une même étiquette, et qui n'ont de sens que dans le contexte de la liberté de traitement des données. Dans son existence même, le droit à la protection des données personnelles ne constitue qu'un instrument et non une fin, une limite à un but et non le but lui-même. L'utilité de la consécration d'un tel « droit à » est donc relative (Chapitre 1).

Dans ces conditions, la protection des données n'est jamais affirmée ou perfectionnée *per se*, mais seulement en vue d'obtenir une plus grande sécurité juridique dans la liberté de traitement des données personnelles, c'est à dire uniquement en prévision de son plus grand déploiement

possible. La protection des données personnelles n'est alors jamais que la contrepartie<sup>2255</sup> à la libéralisation de leur traitement (chapitre 2). En effet, il est toujours possible de faire trancher le conflit de droits par le juge, mais au détriment de la sécurité juridique des particuliers ou des personnes publiques agissant comme telles, dans la mesure où, à la place d'une solution *a priori* et complète au conflit de loi apporté par une loi de police, il n'y a que solution partielle et *a posteriori* car jurisprudentielle au conflit de loi, comme en matière de coopération internationale, et donc au final une effectivité moindre de la liberté de traitement des données personnelles. La sécurité juridique des particuliers ou des personnes publiques commande donc l'adoption d'instruments relatifs au traitement de ces données.

2255 BLOUD-REY Céline, « Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2795 :« C'est en contrepartie seulement de cette liberté que les États assurent « la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques (...), à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

## Chapitre 1 – La portée relative du droit fondamental à la protection des données personnelles

La soumission de la liberté de traitement des données personnelles à un régime de police administrative spéciale traduit la méfiance du législateur quant à la capacité des personnes fichées à défendre efficacement les conditions élémentaires de leur liberté et, *in fine*, celles d'un régime démocratique. Or, par rapport à cette protection de la personne fichée apportée par le droit objectif, la consécration d'un droit fondamental à la protection des données personnelles ne peut être perçue que de manière nuancée, tant son apport (Section 1) et sa signification (Section 2) sont ambivalents.

### Section 1 – L'apport ambivalent de la consécration d'un droit à la protection des données personnelles

Au sein du droit des données personnelles, les deux enjeux impliquant d'une part leur liberté de traitement et, d'autre part, leur protection, sont étroitement articulés, si ce n'est imbriqués, au sein de ses instruments. Il est alors possible de les distinguer artificiellement et d'un point de vue théorique, comme le fait l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, mais l'apport de cette opération ne peut être qu'ambivalent.

La consécration d'un tel droit fondamental a pour résultat d'accroître l'effectivité des garanties de la protection des données personnelles, pour l'essentiel dans le cadre de traitements de données réalisés par les personnes publiques dans un objectif de sécurité publique et/ou de lutte contre le terrorisme. En effet, il existe une différence dans la rigueur de la réglementation des traitements opérés, d'une part, par des personnes privées et des personnes publiques agissant comme telles et, d'autre part, par les personnes publiques agissant dans le cadre de leurs prérogatives propres<sup>2256</sup>. La souplesse consentie par voie législative à ces traitements spécifiques par les instruments relatifs aux données personnelles peut désormais être réévaluée de manière critique devant le juge du droit de l'Union européenne, c'est à dire devant tout juge national, lorsqu'une violation à ce droit fondamental se trouve invoquée. Les garanties apportées à la personne fichée voient donc leur portée, parfois législativement restreinte, étendue par la voie juridictionnelle, ce qui constitue un apport majeur (§2).

Mais cet apport doit être relativisé car si la portée de ces garanties s'accroît, elle n'est en rien modifiée dans son contenu. La protection des données personnelles demeure alors une exception par rapport à la liberté de traitement, qu'elle soit garantie par les instruments du droit des données personnelles comme la directive 95/46 ou par ceux du droit à la protection des données personnelles comme l'article 8 de la Charte (§1).

2256 Sur cette distinction des traitements de données selon leur auteur et la finalité poursuivie, voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

## §1 – Une protection pareillement exceptionnelle

Dans le cadre d'un conflits de droits et de libertés, la protection des données personnelles constitue une exception et non le principe, qu'elle soit organisée comme au sein des instruments relatifs aux données (A) ou dans ceux relatifs aux droits et libertés fondamentales (B).

### *A/ En droit des données personnelles : la protection comme exception à la liberté de traitement*

Que ce soit dans les instruments directement ou indirectement relatifs aux données personnelles existant dans l'ordre interne (1) ou l'ordre international (2), la protection des données personnelles ne constitue jamais qu'un motif habilitant l'autorité de police à restreindre l'exercice purement interne ou international de la liberté de traitement des données.

#### **1) Une protection relative en droit interne**

Dans un cas comme dans l'autre, la protection des données personnelles est tout aussi exceptionnelle face à l'exercice de la liberté de traitement. En effet, l'intérêt attaché à la protection de la personne fichée est certes majeur<sup>2257</sup> mais les risques d'une atteinte réelle aux bases du régime démocratique sont, dans la pratique, très minimes. Une telle protection a davantage pour objet de prévenir l'installation d'un régime totalitaire au sens strict du terme que la protection d'intérêts plus terre à terre de la personne fichée<sup>2258</sup>, qui constituent pourtant l'ordinaire des violations du droit des données. Or, ces dernières n'ont tout simplement pas assez d'importance pour justifier des restrictions autres que bénignes à cette liberté publique qu'est la liberté de traitement. Les enjeux attachés à l'exercice le plus large possible à cette dernière ont ainsi été considérés, dans tous les instruments existant à ce jour relatifs aux données personnelles, comme supérieurs à ceux liés à la protection. C'est la raison pour laquelle une telle protection constitue l'exception et non le principe.

Du reste, cela se déduit du caractère particulièrement libéral et en libéralisation constante du régime encadrant la liberté de traitement des données<sup>2259</sup>. En effet, dans la mesure où un ordre public spécial ne constitue qu'un équilibre entre la protection la plus large possible d'une liberté et la défense d'un ou de plusieurs intérêts nécessaires à la vie en société, il s'analyse nécessairement en un exercice de conciliation et surtout de hiérarchisation entre cette liberté et ces intérêts. Il ne peut se comprendre en opposition avec l'idée de liberté, sauf à commettre des contresens sur la finalité du droit observé en adoptant un point de vue trop subjectiviste<sup>2260</sup>. Ainsi, cet auteur définit-

2257 Voir *supra*, titre 1, chapitre 2.

2258 Que sont par exemple la volonté d'être anonyme sur internet, d'entretenir une correspondance secrète par mail sur son ordinateur professionnel, la non-divulgateion de ses achats à des entreprises spécialisées dans la publicité ciblée etc.

2259 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2, section 1.

2260 Tel est le cas en matière de police de l'environnement, pour un auteur qui réduit sa fonction à la protection de la personne contre les nuisances environnementales, laissant de côté cet autre intérêt qui s'y oppose et qui est consacré implicitement comme une liberté publique, à savoir la liberté déjà évoquée *supra* de détruire l'environnement. Or, une telle conception se fonde sur une telle antinomie entre ordre public et liberté, comme dans CABALLERO François, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome CLXIX, Bibliothèque de droit public, Tome CXL, 1981, p. 107 : « L'équilibre entre ordre public et liberté est l'enjeu d'un débat permanent dont l'issue est toujours incertaine. Jusqu'à présent les juristes se sont essentiellement attachés pour le résoudre à éviter que par ses empiétements le pouvoir de police ne porte une atteinte excessive aux droits des particuliers. Ils se sont par contre fort peu préoccupés de rechercher si l'équilibre ainsi

il l'ordre public écologique comme « l'absence de troubles écologiques »<sup>2261</sup>, alors que cette notion permet seulement de désigner un équilibre entre l'exercice le plus large possible de la liberté de détruire l'environnement, fondée sur le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie, et la protection d'intérêts écologiques proprement dits. Une expression juste conduirait alors à caractériser cet ordre public comme étant en fait « l'absence de troubles écologiques *illicites* ».

En effet, la notion d'ordre public a pour fonction première d'articuler la coexistence des droits et libertés en société. Elle constitue un équilibre relatif et non la défense d'un intérêt précis. Ainsi, il résulte de la combinaison des articles 4, 5 et 10 de la DDHC que l'ordre public a pour mission d'assurer la coexistence des libertés<sup>2262</sup>. L'accent doit d'ailleurs être spécialement mis sur ce premier article, qui énonce cette fonction de manière la plus claire: « Ces dispositions de l'article 4 de la DDHC rappellent que l'exercice d'une liberté ne peut pas être absolu sans faire obstacle à l'exercice des autres libertés et accordent au législateur le pouvoir de poser les limites nécessaires à l'exercice simultané des liberté »<sup>2263</sup>. Cette fonction de maintien de la coexistence des différents droits et libertés fondamentale s'observe dans le cas de l'exercice simultané de libertés similaires. Ainsi, en matière de règles de conduite routière, « la liberté des uns, si elle s'exerce sans contrôle, mutile celle des autres que précisément l'autorité de police a pour mission de protéger »<sup>2264</sup>. Il est alors possible de prêter à l'ordre public « le rôle d'un « médiateur » entre plusieurs libertés différentes en matière de police administrative »<sup>2265</sup>. Dans ce cas, le recours à l'ordre public général permet de concilier *a posteriori* l'exercice concomitant de libertés ayant un objet et une portée assez générale pour que le conflit entre elles ne soit pas systématique et/ou prévisible.

Dans ces conditions, dès lors qu'il y a police spéciale ou, de manière équivalente, réglementation d'une liberté publique<sup>2266</sup>, il y a résolution législative et *a priori* d'un conflit de lois

obtenu protégeait réellement la collectivité contre les troubles que l'autorité publique avait pour mission de prévenir. Obnubilés par le souci, au demeurant louable, de défendre pied à pied les libertés contre les agressions du pouvoir d'État, ils ont quelque peu négligé la défense de l'ordre public contre les agressions du pouvoir économique et technologique. Or celui-ci a cru au cours des dernières décennies dans des proportions si considérables qu'il menace sérieusement les bases même de la police écologique ».

A la décharge de cet auteur, une telle considération subjectiviste du droit de l'environnement ne pouvait que lui être inspirée par le « marketing législatif » entachant certains instruments du droit de l'environnement, non réductible à celui de sa protection. Ainsi, l'intitulé même de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (*JORF*, 13 juillet 1976, p. 4203) ne pouvait que prêter à équivoque, car on pourrait croire qu'elle ne concerne pas une police administrative spéciale. En fait, cette loi établit un équilibre entre la liberté de détruire l'environnement et cette valeur ou intérêt nécessaire à la vie en société qu'est la protection de l'environnement.

2261 CABALLERO François, *op. cit.*, p. 20.

2262 VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *L'ordre public, Étude de droit interne comparé*, thèse, PUF, 2001, p. 200: « En définitive, l'ordre public, dès lors qu'il défend une conception libérale de l'État, n'est pas une fin en soi mais le moyen d'assurer l'exercice effectif des activités privées. La paix sociale telle qu'elle est entendue dans un État libéral conditionnant à la fois l'exercice de toute liberté et la coexistence des libertés ».

2263 VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *op. cit.*, p. 196.

2264 WALINE Marcel, note sous CE 23 octobre 1959 Doublet, RDP, 1960, p. 805. Voir également VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *op. cit.*, p. 198: « Si un affrontement entre plusieurs libertés différentes n'est pas réglé par une mesure d'ordre public, il se résout en application de la « loi du plus fort » par le triomphe de l'une des libertés et l'anéantissement des autres ou du moins par une « subsidiarité de fait » déterminée par les fluctuations du rapport des forces. L'ordre public intervient pour « arbitrer » le conflit et imposer une solution permettant à chacun d'exercer sa liberté ».

2265 VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *op. cit.*, p. 199.

2266 Voir *supra*, introduction générale.

opposant nécessairement deux intérêts exprimables en droits ou libertés<sup>2267</sup>. Un tel régime est donc toujours ambivalent et ne peut se réduire à la seule considération de l'un ou l'autre de ses éléments, soit qu'on survalorise la liberté réglementée, soit qu'on survalorise l'intérêt avec lequel cette liberté est articulée en se focalisant sur une conception tronquée de la notion de nuisance. En effet, cette notion n'existe pas en soi mais ne désigne que l'aspect relationnel et conflictuel de l'exercice d'un droit ou d'une liberté. La liberté consiste certes à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ce qui signifie qu'en l'absence de nuisance, une activité n'a pas besoin de l'intervention du législateur – par exemple pour consacrer une liberté – pour être exercée sans contraintes aucunes. L'existence d'une nuisance signifie seulement que l'exercice d'une activité humaine, considérée comme une liberté pour son titulaire, peut léser le patrimoine juridique d'un tiers. Le législateur, lorsqu'il adopte une police administrative spéciale, ne fait rien d'autre que de peser l'intérêt à faire perdurer une telle nuisance en mettant en balance l'enjeu de l'exercice le plus large possible de cette liberté avec l'intérêt du tiers que cet exercice lèse. Il résulte de ce qui précède que toute nuisance n'est pas en soi illicite ; que c'est l'objet même d'une police administrative spéciale que de cartographier *a priori* ce qui relève de la nuisance licite de ce qui constitue une nuisance illicite.

Cet exercice permet alors logiquement de délimiter quatre zones. La première est celle de l'exercice sans entrave de la liberté réglementée ; espace caractérisé par l'innocuité manifeste, quand elle existe, de cette liberté<sup>2268</sup>. La deuxième est celle de l'exercice réglementé et licite de cette liberté ; espace caractérisé par l'arbitrage réalisé par le législateur en faveur de la liberté de traitement de données. Cet arbitrage positif, conditionné au respect des règles de licéité, l'autorise à prévaloir sur les droits et libertés de la personne fichée. La liberté de traitement, conçue comme telle pour l'auteur d'un traitement, se traduit alors pour la personne fichée comme un pouvoir ou une nuisance licite. Le troisième est celle de l'espace réglementé et illicite de cette liberté ; espace caractérisé par un arbitrage du législateur en faveur des droits et libertés. Enfin, le dernier est un espace dans lequel le législateur a arbitré définitivement en faveur de la protection des droits et libertés de la personne fichée. Le passage de la deuxième zone à la troisième, caractérisant celui de la nuisance licite à la nuisance illicite, comporte une part de choix délibéré du législateur au sein d'un domaine de nuisance qui peut être comparable. Ainsi, l'activité publicitaire est libre mais réglementée, sur le fondement de la liberté d'expression<sup>2269</sup>. Elle constitue une nuisance licite lorsqu'elle est indifférenciée, dans un lieu public, mais est interdite dès lors qu'elle est personnalisée et s'exerce par voie de courrier électronique non sollicité. Or, en terme de ressenti

2267 Cette conception de la police administrative comme fonction de relativisation de « droits de l'homme » est développée, pour la première fois à notre connaissance, dans VLACHOS Georges, « La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », *RIDC*, 1972, n° 2, pp. 339-340 : « le rôle des pouvoirs constitués ou des organes subalternes de l'administration et de la police ne consiste pas à définir les droits de la personne en interprétant librement les normes et les clauses constitutionnelles, mais à mettre en œuvre ces droits tels qu'ils sont déjà définis par la Constitution. Ils le feront en « réglementant » les libertés, c'est à dire en leur donnant une formulation juridique et en les insérant dans l'ordre du droit positif, par un ensemble de voies et moyens destinés à en assurer, en faveur des individus et des groupes, une jouissance conforme au système constitutionnel des Droits de l'Homme » et p. 341 : « il ne s'agit pas de protéger désormais les activités marginales de l'individu abstrait, aux confins de l'État négatif et abstentionniste et de la société privée autonome et automatique ; il s'agit bien, au contraire, de préserver la personnalité concrète. Or, cette idée relève fondamentalement du concept de société pluraliste et de celui d'équilibre, planifié ou concerté, des intérêts sociaux diversifiés. Sous cet angle, la réglementation des Droits de l'Homme se présente moins comme un problème de calcul quantitatif des interventions législatives ou administratives possibles dans le domaine de l'individuel et du « privé », que comme un art particulièrement délicat ou subtil, destiné à assurer le libre jeu des antagonismes collectifs au sein desquels se joue en définitive le sort de la « dignité humaine » ».

2268 Voir *supra* : c'est le cas dans la loi du 6 janvier 1978 à propos des traitements réalisés à titre purement domestique, comme la tenue d'un carnet d'adresses.

2269 Voir *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2.

subjectif, y-a-t-il une si grande différence que cela pour la personne qui subit cette nuisance entre l'usager du métro parisien canalisé dans des tunnels tapissés de publicités, et l'usager d'un service de communication électronique victime de *spamming*<sup>2270</sup>?

De ce que la notion de nuisance n'existe pas en soi découle corrélativement l'idée qu'une police administrative spéciale ne peut avoir pour seul objet la protection d'un intérêt contre un ou plusieurs types de nuisances. Ainsi, ce que d'aucuns peuvent stigmatiser, au sein de la police spéciale de l'environnement, comme la permissivité du législateur, n'est en fait que la consécration certes implicite de la liberté de détruire l'environnement<sup>2271</sup>. Le constat d'une nuisance signifie donc simplement qu'il existe un conflit, factuel, entre deux intérêts, dont l'un est en position d'offenseur, et l'autre en position d'offensé. A cet égard, les troubles de voisinage constituent un exemple hélas perceptible par beaucoup : celui de l'opposition purement factuelle entre la liberté pour une personne de se livrer à une activité sonore, entrant en conflit avec l'intérêt de son infortuné voisin à vivre dans un domicile dont la jouissance n'est pas troublée par l'activité d'un tiers. Une police administrative spéciale n'a donc pas d'autre but que de relativiser deux intérêts juridiquement protégés, lorsque le conflit entre les enjeux en présence est prévisible.

La détermination d'un ordre public spécial par le législateur ne constitue donc qu'un exercice de relativisation planifiée des droits, libertés et intérêts susceptibles de donner lieu, de manière prévisible, à un conflits de droits<sup>2272</sup>. Cette fonction conduit à limiter l'exercice de certains droits et libertés fondamentales dans le but de garantir leur effectivité dans le cadre de la vie en société et, donc, leur relativité<sup>2273</sup>. Une telle fonction de relativisation des droits, libertés et intérêts, assurée de manière explicite par la notion d'ordre public, s'impose également en son absence apparente. En effet, une telle relativité est coexistentielle à l'expression en société de n'importe quel droit ou liberté, dont les titulaires sont pareillement libres et égaux. Elle s'impose donc également avec la même force à ce « droit à la protection des données personnelles ». La seule différence avec le droit de la protection des données personnelles, c'est à dire le droit des données relatif à leur protection, tient au moment et au caractère explicite ou non de cette relativisation.

En effet, au sein du droit des données personnelles, une telle relativisation est opérée de manière rationnelle et, pour ainsi dire, industrielle, par le législateur préalablement à la

2270 Sur ce phénomène et son appréhension par le droit, voir RENAUDIN Klervi, *Le « spamming » et le droit*, thèse, Grenoble, 2011. L'auteur esquisse une comparaison avec la notion de nuisance, en établissant un parallèle entre le *spamming* et la pollution environnementale (p. 466 et ss.).

2271 CABALLERO Francis, *op. cit.*, p. 105 : « Si l'existence d'une police spécialement adaptée à la prévention des troubles écologiques ne fait désormais plus de doute, son impuissance à juguler les phénomènes de nuisances est tout aussi patente. Pollutions, bruits, dégradations du cadre de vie sont encore trop présents dans la vie quotidienne des citoyens pour que l'efficacité des dispositifs de protection mis en place par l'État ne puisse être remise en cause. Toute la question est de savoir si la permissivité actuelle est institutionnelle ou seulement occasionnelle. La police écologique apparaît en effet un peu comme une « passoire » juridique au travers de laquelle les activités génératrices de nuisance peuvent aisément se faufiler ».

2272 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2, section 1.

2273 PICARD Étienne, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 61: « L'ordre public – et c'est encore un élément de sa définition de nature ou de fonction – sert non pas à ruiner les libertés que consacre l'ordre juridique dans lequel il s'impose, mais à les garantir dans les limites que postule cet ordonnancement juridique » ; PICARD Étienne, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux* : actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, p. 50: « la détermination juridique des droits doit intégrer les limites que leur imposent leur situation et leur nature: les droits s'exercent nécessairement en société; il se déterminent donc dans une relation sociale ; et ils se déploient dans un tissu social dont les sujets, *a priori* égaux entre eux, jouissent des mêmes droits: ceux-ci sont donc doublement relatifs par essence ».

survenance de tout conflit de droit. Une telle antériorité se comprend dans la mesure où le fondement de telles lois de police est précisément la résolution *a priori* d'un tel conflit de droits, c'est à dire d'un conflit entre les prétentions concurrentes de deux droits ou/et libertés différents à s'exercer concurremment sur le même objet.

Hors de toute loi de police<sup>2274</sup>, un tel office de relativisation est assuré *a posteriori* du conflit de droits devant le juge. Ce travail est alors réalisé au coup par coup, pour ainsi dire de manière artisanale, et non industrielle comme dans le cadre d'une loi de police. Le juge joue alors le rôle d'instance de relativisation de droit commun, pour tous les cas de conflits de droits non anticipés par le législateur, soit que ce dernier ne les ait pas anticipés, soit qu'ils s'avèrent prévisiblement rares ou difficilement anticipables<sup>2275</sup>.

A cet égard, un exemple à notre sens particulièrement révélateur de cette répartition des tâches réside dans la répartition des fonctions entre les autorités de police et le juge judiciaire dans la fonction de relativisation des intérêts en matière d'environnement. En effet, dès lors qu'existe une activité dont le caractère nuisible est prévisible, comme l'activité de production d'organismes génétiquement modifiés, elle fait l'objet d'une police administrative spéciale environnementale qui vient résoudre *a priori* le conflit de droits. Dès lors que le trouble à l'environnement n'est pas prévisible et résulte d'un conflit de droits dont la cause n'est pas anticipable, il revient au juge judiciaire, dans le cadre de la théorie des troubles de voisinage, d'opérer au cas par cas cette fonction de relativisation. A cet égard, le *continuum* existant entre ces deux temps de la fonction de relativisation se trouve particulièrement soulignée et en doctrine<sup>2276</sup>, et jusque dans le choix du tribunal de police comme juge judiciaire naturellement apte à régler ces « choses de chaque instant où il ne s'agit ordinairement que de peu », pour reprendre la formule de Montesquieu citée *supra*.

Cette contrainte de relativisation pèse sur chaque droit ou liberté, tant en droit positif qu'en jurisprudence. *A fortiori* peut-elle être mise en évidence au sein de chaque droit ou liberté fondamentale. La différence avec la façon dont cette fonction est assurée par la notion d'ordre public dans le cadre d'une loi de police est que cette fonction d'articulation avec d'autres droits et intérêts apparaît de manière accessoire et, à ce titre, en des termes qui peuvent parfois apparaître comme moins explicites. C'est notamment le cas de la CEDH, qui corrige l'action des États en leur rappelant, de manière permanente et contentieuse, la nécessité de protéger certaines valeurs essentielles. Mais à l'exception notable des droits intangibles, elle ne le fait que dans le cadre d'une conception relativiste et réaliste des droits fondamentaux qu'elle protège. Cette conception lui impose alors de tenir compte des enjeux justifiant des restrictions à ces droits et libertés, dans la mesure où leur limitation est « coexistentielle »<sup>2277</sup>. Dans ces conditions, il est possible de voir dans le travail de la CEDH un exercice, similaire à cet égard au contrôle de police, de relativisation des droits et libertés fondamentales. Une telle hypothèse nous semble d'ailleurs confortée par la reprise par le juge de Strasbourg des méthodes de conciliation des droits et libertés fondamentales importées du droit allemand. En effet, « la théorie allemande des droits fondamentaux ne parvient

2274 Dans le cadre de la police administrative générale, la seule différence avec cette fonction de police assurée par le juge tient à son intervention *a priori* d'un conflit de droits considéré comme prévisible par l'autorité de police générale. Mais la méthode, « artisanale », c'est à dire au coup par coup et pour des conflits difficilement prévisibles par le législateur, persiste.

2275 Tel est par exemple le cas dans l'affaire Schmidtberger précitée, dans laquelle le juge de l'UE opère une telle relativisation des prétentions concurrentes de deux libertés à s'exercer sur le même objet. Pour ce faire, la CJCE fonde sa décision sur les circonstances d'espèce pour trancher un conflit que la nature des deux libertés en présence rendait *a priori*, et de manière prévisible, fortement improbable.

2276 CABALLERO Francis, thèse précitée.

2277 VLACHOS Georges, *op. cit.*, p. 336.

pas à influencer directement le droit français mais seulement à travers une médiation, celle de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>2278</sup>. Le professeur Grewe relève à cet égard qu'« en droit français, il n'existe pas de véritable théorie des restrictions aux droits fondamentaux. (...). Pourtant, le droit français n'ignore pas la problématique des restrictions. Ainsi, le conflit de droits dont la solution passe par une pesée des intérêts en présence est présent déjà dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lorsque ce texte définit la liberté comme consistant à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »<sup>2279</sup>. Elle observe également que « s'agissant des restrictions aux droits conventionnels, la Cour de Strasbourg adopte les mêmes principes que ceux régissant le droit allemand. Selon ce principe, une restriction ne doit jamais s'analyser en une suppression et doit donc préserver la substance du droit. Plus précisément, la régularité des atteintes aux droits est subordonnée à une triple condition : celle de la légalité de l'ingérence qui doit donc être prévue par la loi, de son but légitime et de sa proportionnalité ou encore de sa nécessité dans une société démocratique. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence européenne montre que la Cour néglige assez largement l'examen de la légalité et du but pour mettre l'accent presque exclusivement sur le test de proportionnalité »<sup>2280</sup>. Il résulte de cette analyse que la CEDH n'est pas un procureur des droits de l'homme mais une cour conciliant leur exercice et leur substance avec un principe plus général de liberté des conduites, faisant donc « par conséquent porter l'essentiel de son contrôle sur le principe de proportionnalité »<sup>2281</sup> constatée plutôt que sur l'existence même d'une atteinte à un droit ou une liberté protégée par la CEDH.

Or, le juge de l'UE reprend de manière fidèle une telle méthodologie. Et lorsqu'il exerce un tel contrôle, le droit à la protection des données personnelles apparaît clairement comme relatif, n'étant pas considéré « comme une prérogative absolue », sa protection étant garantie uniquement « en considération par rapport à sa fonction dans la société »<sup>2282</sup>.

Il résulte de ce qui précède que la protection des données personnelles ne relevant pas des droits considérés comme intangibles, elle ne peut se poursuivre *per se* mais toujours dans le contexte de son opposition à la liberté de traitement. A cet égard, en tant qu'élément d'un régime de police administrative spéciale, elle ne constitue qu'un élément de son ordre public spécial, c'est à dire de la limite posée à une liberté auparavant non réglementée. Cela explique que l'ordre public spécial soit considéré comme une « norme formelle d'habilitation », par opposition au caractère implicite de celle de l'ordre public général<sup>2283</sup>. L'objet de cette habilitation est en l'espèce la possibilité pour la CNIL et ses équivalents européens de restreindre la liberté de traitement des données personnelles par des mesures de police. La formalisation de cet ordre public spécial explique également pour partie la confusion opérée entre le droit des données personnelles et le droit à la protection de ces données. En effet, la définition de son contenu ne renvoie formellement qu'à des droits et libertés fondamentaux de la personne fichée. Cet ordre public spécial est ainsi défini globalement de manière particulièrement large à la dernière phrase de l'article premier de cette loi, qui énonce que: « L'informatique doit être au service de chaque

2278 GREWE Constance, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2004, p. 27.

2279 *Ibid.*, p. 30.

2280 *Ibid.*, p. 30.

2281 *Ibid.*, p. 30.

2282 CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jntes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063, §48.

2283 PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, Tome 2, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXLVI, 1984, respectivement p. 568 pour l'ordre public spécial et p. 558 pour l'ordre public général.

citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

Les interdictions contenues au sein du droit des données personnelles permettent également de préciser certains affleurements de cet ordre public spécial exclusivement dédié à la protection de la personne humaine, en ce qu'ils constituent des restrictions immédiates et par principe à la liberté de traitement de données personnelles. Ainsi, est interdit « le traitement de données personnelles « qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci », la prise de décision notamment de justice sur la base exclusive d'un traitement de données personnelles, le transfert de données vers un pays n'assurant pas « un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet »<sup>2284</sup>. Les instruments de police spéciale communautaire adoptent une formulation tout aussi explicite du contenu formel de cet ordre public spécial en visant « la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée » ou « les « droits et libertés des personnes concernées »<sup>2285</sup>.

Le caractère inhabituel d'une partie du contenu de cet ordre public spécial, à savoir la protection des droits et libertés fondamentales de la personne fichée, a pu justifier une absence *a priori* de limitation. Mais dans la mesure où cette loi consacre en tout premier lieu la liberté publique de traitement des données personnelles, il faut comprendre cette injonction du législateur faite à l'informatique de ne pas porter atteinte à ces droits avec un esprit de pondération absent du texte.

A cet égard, un parallèle doit être dressé avec l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication, audiovisuelle puis électronique, dans sa version actuellement en vigueur. Ce dernier est formulé d'une façon ne laissant pas de place à l'équivoque: son premier alinéa identifie une liberté, celle de la communication électronique au public ; son second alinéa définit l'ordre public spécial de la police de l'audiovisuel en fixant les limites qui peuvent être apportées à l'exercice de cette liberté<sup>2286</sup> : « La communication au public par voie électronique est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle. (...) ».

Au regard de la clarté et de la pondération de la formulation de cet ordre public spécial de la police de la communication électronique au public, celui défini dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978 emprunte davantage au caractère déclamatoire des déclarations de droits. Or, telle n'est pas la fonction de ce premier article, qui est en fait celle de définir un équilibre entre la liberté de l'informatique et la limite à son exercice constituée par les droits et libertés fondamentaux de la personne fichée.

2284 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, respectivement articles 8, 10 et 68.

2285 Directive 95/46 du 21 octobre 1995, respectivement article 1,1 et 20, 1. Le projet de règlement de janvier 2012 adopte une formulation tout à fait comparable dans son article 1,2, visant « les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel ».

2286 Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication, dans sa version actuellement en vigueur, article 1<sup>er</sup>.

Cela implique deux précisions. La première est que les droits et libertés de la personne fichée ne sont pas, loin s'en faut, violés dans l'absolu par tout traitement de données personnelles. En effet, si la CJUE a pu considérer que tel était le cas, elle se plaçait uniquement sur le terrain d'un usage social de la liberté de traitement impliquant une relation entre l'auteur du traitement et la personne fichée. Au surplus, cette opinion de la Cour, non confirmée par les instruments relatifs aux données, ne vaut qu'au regard d'une conception tellement élargie de la notion de vie privée qu'elle en vient à pouvoir être très, voire trop, facilement violée<sup>2287</sup>. Un usage privé n'implique pas une telle violation *a priori*<sup>2288</sup>. La deuxième est que quand bien même l'exercice de la liberté de traitement des données entraînerait en soi une violation des droits et libertés de la personne fichée, une telle nuisance, dès lors qu'elle n'est pas contraire au droit des données, est licite<sup>2289</sup>. Il faut donc alors en conclure, en paraphrasant la formulation de l'article 1<sup>er</sup> de la loi relative à la liberté de communication, que « L'exercice de cette liberté [de traitement des données personnelles] ne peut être limité que dans la mesure requise » par la protection de « l'identité humaine », des « droits de l'homme », de la « vie privée », des « libertés individuelles ou publiques ».

Il résulte de ce qui précède que, pas plus que le CSA n'assure une fonction directe et exclusive de protection de « la dignité de la personne humaine », « de la liberté et de la propriété d'autrui » ou « de l'enfance et de l'adolescence », la CNIL n'assure une fonction directe et exclusive de protection de « l'identité humaine », des « droits de l'homme », de la « vie privée », des « libertés individuelles ou publiques ». Mais, alors qu'il existe au sein de la loi relative à la communication une disposition énonçant clairement le rôle du CSA comme garantie de la liberté de communication électronique au public<sup>2290</sup>, la formulation retenue par la loi du 6 janvier 1978 demeure totalement équivoque, et son rôle de garantie de la liberté de traitement des données personnelles ne peut être perçu qu'après analyse de l'ensemble de ses dispositions<sup>2291</sup>.

## 2) Une protection relative des données personnelles en droit international

Les dispositions protégeant au sein du droit des données personnelles la personne fichée ont, dans de rares cas, été consacrées en droit positif comme jouant le rôle d'une exception d'ordre public. Hélas, les cas de formulation claire (b) d'une telle fonction sont plus rares que ceux l'énonçant de manière équivoque (a).

2287 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, précit..

2288 Ainsi, la bibliographie annexée au présent travail, dans la mesure où elle recense les œuvres d'auteurs nommément identifiés d'une façon rationnelle, constitue un traitement de données personnelles. Le fait que ce traitement de données personnelles constitue une atteinte aux droits et libertés des auteurs cités paraît extrêmement peu probable.

2289 Voir *supra*.

2290 Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication, dans sa version actuellement en vigueur, article 3-1: « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique, dans les conditions définies par la présente loi. (...) ».

2291 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 1.

a) La formulation équivoque et implicite de l'exception de protection des données personnelles dans les instruments y afférents

Au sein des instruments relatifs aux données personnelles, une telle formulation ne peut être qu'équivoque et implicite.

Elle est d'abord particulièrement équivoque car l'objet de ces instruments est de lever tout risque d'invocation de cette exception d'ordre public afin de permettre un exercice par principe de la liberté de traitement des données. Cela se traduit systématiquement par une disposition excluant formellement toute invocation du motif de protection de la personne fichée pour restreindre l'exercice de cette liberté.

Ainsi la Convention n° 108 ne comporte pas de clause explicite de suspension des traitements pour motif de protection des données personnelles mais, bien au contraire en apparence, comporte l'engagement, au terme de son article 12, 2, qu' « une Partie ne peut pas, aux seules fins de la protection de la vie privée, interdire ou soumettre à une autorisation spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre Partie ». Une telle disposition se comprend tout à fait dans la mesure où ce texte a précisément pour objectif d'assurer la sécurité juridique des échanges de données personnelles entre les parties, en fixant un standard commun de protection des données. Il vise donc spécifiquement et explicitement à prévenir ce motif d'insécurité juridique entre les parties. La même remarque peut être formulée à l'encontre de la directive 95/46, dont le premier article énonce explicitement l'interdiction entre les États destinataires de cet acte d'invoquer le motif de la « protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel » pour « restreindre (...) [ou] interdire la libre circulation des données » entre eux<sup>2292</sup>.

Elle est ensuite implicite car, sans être nommée, elle fonde des mesures visant à prévenir ce risque juridique. Tel est le cas de l'interdiction de transfert de données personnelles vers des États ne comportant pas un niveau adéquat de protection des données. Dans la Convention n° 108, cela se traduit, au sein de l'article 12,3, par deux hypothèses légitimant un refus de communication de données personnelles au motif d'un degré insuffisant de protection. Le premier permet à un État partie doté de garanties spécifiques en matière de protection des données personnelles de refuser le transfert vers un autre État partie ne comportant pas dans son ordre juridique un niveau de protection qui leur serait équivalent. Le deuxième motif légitime est celui de la communication à un État tiers à la convention, ne disposant pas en toute hypothèse puisque non signataire de cette convention d'un niveau de protection des données suffisant<sup>2293</sup>. Ce type d'interdiction de transférer

2292 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, article premier relatif à l'objet de la directive:

« 1. Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

2. Les États membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1 ».

2293 Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Strasbourg, 28 janvier 1981, article 12 – Flux transfrontières de données à caractère personnel et droit interne:

« 1. Les dispositions suivantes s'appliquent aux transferts à travers les frontières nationales, quel que soit le support utilisé, de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé ou rassemblées dans le but de les soumettre à un tel traitement.

des données vers un État ne comportant pas un niveau suffisant de protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux de la personne fichée se retrouve en droit communautaire<sup>2294</sup> et, mécaniquement, en droit français<sup>2295</sup>.

Cette mesure de police spéciale a pour but de prévenir une annulation *a posteriori* sur ce motif et, par là même, d'assurer la sécurité juridique de l'exercice de la liberté de traitement. Le contrôle exercé *a posteriori* par une juridiction ne porte alors plus sur l'existence d'un motif légitimant une restriction à la liberté de traitement, mais sur l'existence et la pertinence de mesures de police aptes à prévenir ce risque juridique.

#### b) La formulation claire de l'exception dans les textes relatifs aux fondements de la liberté de traitement

Les fondements de la liberté de traitement des données personnelles sont, d'une part, la liberté pour toute institution de s'administrer et, d'autre part, le principe de libre circulation de l'information. Ce dernier est lui-même issu de l'union des liberté d'expression et de liberté de prestation de services. Seule cette dernière a fait l'objet d'instruments internationaux récents, ce qui justifie de restreindre l'analyse à ces seuls actes. Ces derniers ont pour objet l'aménagement de la liberté de prestation de service, liberté matricielle de la liberté de traitement des données personnelles. Ils sont dès lors plus frustes dans leur prise en compte de l'intérêt légitime qu'est la protection des données personnelles car leur objet est considérablement plus vaste. Cela se traduit par une identification formelle au sein de ces textes de ce motif comme fondant une exception d'ordre public, sans qu'elle ne soit accompagnée de mesures visant à prévenir ce risque juridique.

2. Une Partie ne peut pas, aux seules fins de la protection de la vie privée, interdire ou soumettre à une autorisation spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre Partie.

3. Toutefois, toute Partie a la faculté de déroger aux dispositions du paragraphe 2:

a. dans la mesure où sa législation prévoit une réglementation spécifique pour certaines catégories de données à caractère personnel ou de fichiers automatisés de données à caractère personnel, en raison de la nature de ces données ou de ces fichiers, sauf si la réglementation de l'autre Partie apporte une protection équivalente;

b. lorsque le transfert est effectué à partir de son territoire vers le territoire d'un État non contractant par l'intermédiaire du territoire d'une autre Partie, afin d'éviter que de tels transferts n'aboutissent à contourner la législation de la Partie visée au début du présent paragraphe ».

2294 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, article 25:

«1. Les États membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve du respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat.

2. Le caractère adéquat du niveau de protection offert par un pays tiers s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données; en particulier, sont prises en considération la nature des données, la finalité et la durée du ou des traitements envisagés, les pays d'origine et de destination finale, les règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans le pays tiers en cause, ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui y sont respectées.

(...) ».

2295 article 68 de la loi du 6 janvier 1978, qui énonce que : « Le responsable d'un traitement ne peut transférer des données à caractère personnel vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne que si cet État assure un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet.

Le caractère suffisant du niveau de protection assuré par un État s'apprécie en fonction notamment des dispositions en vigueur dans cet État, des mesures de sécurité qui y sont appliquées, des caractéristiques propres du traitement, telles que ses fins et sa durée, ainsi que de la nature, de l'origine et de la destination des données traitées »

Cette formulation claire apparaît ainsi naturellement dans le traité de Marrakech. En effet, en droit de l'OMC, le motif légitime de restriction des échanges pour cause de protection des données personnelles est formalisé dans les instruments adoptés en matière de libéralisation des services, plus particulièrement l'AGCS<sup>2296</sup> et le mémorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers<sup>2297</sup>. Si l'adoption d'un instrument spécifique aux données personnelles a pu être envisagé, l'échec du sommet de Doha a conduit à l'impossibilité à moyen terme de dépasser ce stade de la consécration en droit de l'OMC.

Ce dispositif adopté au sein de l'AGCS a essaimé dans le cadre des accords bilatéraux et multilatéraux hors de l'OMC, à des degrés d'intensité divers. Ainsi, à un premier niveau, des dispositions peuvent être insérées dans les clauses relatives aux échanges de données personnelles afin de rappeler en filigrane le principe de non discrimination en matière douanière, qui implique que les produits et les services étrangers ne fassent pas l'objet d'un traitement différent des produits et services nationaux. L'application du droit des données personnelles est alors conçu explicitement comme susceptible de constituer un tel traitement discriminatoire<sup>2298</sup>. Peuvent également figurer dans ce type d'accord une mention indiquant sobrement que l'élimination des barrières non tarifaires doit s'accompagner d'un niveau adéquat de protection des données personnelles<sup>2299</sup>.

2296 Son article 14 relatif aux exceptions générales dispose ainsi notamment que : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures: [...] c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent: [...] ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ».

2297 Son point n° 8 relatif aux transferts et au traitement des informations dispose ainsi qu'«aucun Membre ne prendra de mesures qui empêchent les transferts d'informations ou le traitement d'informations financières, y compris les transferts de données par des moyens électroniques, ou qui, sous réserve des règles d'importation conformes aux accords internationaux, empêchent les transferts d'équipement, dans les cas où de tels transferts d'informations, un tel traitement d'informations financières ou de tels transferts d'équipement sont nécessaires à un fournisseur de services financiers pour la conduite de ses affaires courantes. Aucune disposition du présent paragraphe ne restreint le droit d'un Membre de protéger les données personnelles, la vie privée et le caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels pour autant que ce droit ne soit pas utilisé pour tourner les dispositions de l'Accord ».

2298 Accord entre la Communauté européenne et la République de l'Inde relatif à la coopération et à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal Officiel L 304 du 30/09/2004, p. 25, article 17, 2: « Des données à caractère personnel ne peuvent être échangées que si la partie contractante qui est susceptible de les recevoir s'engage à les protéger d'une façon au moins équivalente à celle applicable en l'espèce dans la partie contractante susceptible de les fournir. Cette dernière n'applique aucune exigence qui soit plus stricte que celles qui sont applicables à ce type de donnée dans sa juridiction. Les parties contractantes se communiquent mutuellement des informations sur leurs règles applicables et notamment, s'il y a lieu, sur les dispositions juridiques en vigueur dans les États membres de la Communauté ». Voir également, avec une formulation identique: Accord de coopération et d'assistance administrative mutuelle en matière douanière entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République populaire de Chine, Journal Officiel n° L 375 du 23 12 2004, p. 20 ; Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon relatif à la coopération et à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 062 du 06/03/2008 p. 24.

2299 Accord de Coopération entre la Communauté européenne et la République démocratique populaire lao, Journal officiel n° L 334 du 05/12/1997 p. 15, article 4,1,c) relatif à la coopération commerciale « Les parties confirment leur détermination à: a) prendre toutes les mesures appropriées pour créer des conditions favorables au développement de leurs échanges; b) améliorer au maximum la structure de leurs échanges en vue de leur diversification; c) œuvrer en faveur de l'élimination des entraves aux échanges et de l'adoption de mesures

A un second niveau, de manière plus explicite, la consécration des exigences de la protection des données personnelles en droit international économique se traduit par un emprunt, le plus souvent mot à mot, de la clause contenue dans l'article 14 de l'AGCS. Ce rappel peut être exclusif de toute autre mention spécifique au droit international économique<sup>2300</sup> ou ne constituer que le prélude à des références plus appuyées à ce *corpus* juridique. Dans ce dernier cas, à l'exception du rappel de cette clause de l'AGCS, l'hétérogénéité des dispositions relatives à la protection des données personnelles est particulièrement marquée. Ainsi, l'accord d'association entre la Communauté européenne et ses États membres d'une part, et le Chili d'autre part, comporte outre une reprise de la clause de l'AGCS, une clause similaire à celle de l'accord de partenariat avec le Mexique<sup>2301</sup>. Dans un autre registre, l'accord de partenariat d'étape de 2009 entre la Côte d'Ivoire, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, comporte un article 44,h enjoignant aux deux parties de signer un Accord de Partenariat Économique impliquant notamment de respecter le droit de l'OMC en matière de protection des données personnelles<sup>2302</sup>.

visant à améliorer la transparence, notamment par la suppression en temps opportun des entraves non tarifaires, compte tenu du travail effectué dans ce domaine par d'autres organismes internationaux tout en assurant la protection adéquate des données à caractère personnel ». Un dispositif identique figure à l'article 4,1,c) de l'Accord de coopération entre la Communauté européenne et le Royaume du Cambodge, Journal officiel n° L 269 du 19/10/1999 p. 18. Pour une formulation différente dans la forme mais similaire au fond, voir l'Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis mexicains, d'autre part, Journal officiel n° L 276 du 28/10/2000 p. 45, article 41,1: « Eu égard à l'article 51, les parties conviennent de coopérer en matière de protection des données à caractère personnel en vue d'améliorer leur niveau de protection et de prévenir les obstacles aux échanges nécessitant des transferts de données à caractère personnel ».

2300 Accord de partenariat intérimaire entre la Communauté européenne, d'une part, et les États du Pacifique, d'autre part, Journal officiel n° L 272 du 16/10/2009 p. 2, article 42: « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les parties où existent des conditions similaires, soit une restriction déguisée au commerce de biens ou de services ou à l'établissement, aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant la partie CE ou les États du Pacifique d'instituer ou d'appliquer des mesures: (...)

c) nécessaires pour assurer la conformité aux lois ou règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris des mesures touchant à: (...)

ii) la protection de la vie privée des personnes dans le contexte du traitement et de la diffusion de données à caractère personnel et à la protection du secret de dossiers et de comptes individuels ». Pour un procédé et une formulation identique, voir également l'Accord intérimaire en vue d'un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États de l'APE CDAA, d'autre part, Journal officiel n° L 319 du 04/12/2009 p. 3 ; Accord de libre échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, JO L 127 du 14/05/2011, p. 6. Pour un exemple particulièrement récent, voir l'article 141 de l'Accord d'association entre l'Union européenne et ses États membres d'une part, et l'Ukraine d'autre part, JO L 161 du 29/05/2014, p. 3.

2301 Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part Journal officiel n° L 352 du 30/12/2002 p. 3, article 30,1: « Les parties conviennent de coopérer en matière de protection des données à caractère personnel afin d'améliorer le niveau de protection et d'éviter les obstacles au commerce lorsque celui-ci requiert la transmission de données à caractère personnel ».

2302 Accord de partenariat économique d'étape entre la Côte d'Ivoire, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, Journal officiel n° L 059 du 03/03/2009 p. 3, article 44: « En se basant sur l'accord de Cotonou, les parties s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires ou à coopérer pour favoriser la négociation et la conclusion, dans les meilleurs délais, d'un APE global, conformément aux dispositions pertinentes de l'OMC, entre la partie CE et l'ensemble de l'Afrique de l'Ouest, dans les domaines suivants: a) le commerce des services et le commerce électronique; b) les investissements; c) les paiements courants et mouvements des capitaux; d) la concurrence; e) la propriété intellectuelle; f) les marchés publics; g) le développement durable; h) la protection des données à caractère personnel. Les parties prendront toutes les dispositions utiles en vue de favoriser la conclusion d'un APE global entre la partie CE et l'Afrique de l'Ouest

Une telle formulation claire se retrouve également dans le droit communautaire des communications électroniques, qui reconnaît à la protection des données personnelles la qualité d'exigence essentielle<sup>2303</sup>. Toutefois, le recours à cette notion en lieu et place de celle d'exception d'intérêt général révèle l'impossibilité, en droit de l'UE, d'une simple identification de la protection des données personnelles comme d'une exception d'ordre public. En effet, le recours à la notion d'exigence essentielle constitue en réalité non pas une clause d'exception au commerce mais le prélude d'un processus d'harmonisation communautaire, autrement dit de l'adoption d'un instrument de police administrative spéciale communautaire.

En effet, initialement, la méthode d'élimination des entraves aux échanges définie en 1969 prévoyait de définir produit par produit les dispositions techniques à harmoniser et appliquait la méthode de la « harmonisation détaillée »<sup>2304</sup>. Mais à la suite de l'arrêt *Cassis de Dijon* et de ses conséquences, à savoir l'obligation pour les États membres d'accepter avec un minimum de conditions les produits fabriqués conformément à des règles techniques différentes des leurs dans le cadre de la reconnaissance mutuelle, la Commission européenne a pu refonder sa politique d'harmonisation en la cantonnant aux domaines que l'application de cette jurisprudence ne permettait pas de régler, soit dès lors qu'un constat d'équivalence n'était pas envisageable. L'harmonisation est ainsi limitée aux principes de base, c'est à dire aux seules « exigences essentielles »<sup>2305</sup>. Dans ces conditions, le recours précisément à une telle notion pour saisir en droit économique communautaire la protection des données personnelles révèle bien l'impossibilité, anticipée par les institutions communautaires, d'une consécration minimaliste sous la forme d'une clause d'exception aux échanges.

### *B/ Au sein des instruments relatifs aux droits et libertés : l'impossible autonomisation d'un droit à la protection des données personnelles*

D'un point de vue purement conceptuel, les dispositions relatives à la protection des données personnelles n'ont pas de sens *per se*. D'une part, du côté de la personne fichée, parce qu'elles ne protègent pas une valeur existante en soi mais ne constituent que des modalités de garantie d'autres droits et libertés déjà existant. Mais aussi, d'autre part, parce que ces dispositions ne se comprennent pas sans référence à celles relatives à la liberté de traitement (1). Du point de vue de ses effets strictement juridiques, une telle autonomisation est tout aussi impossible, le droit à la protection des données personnelles ayant un effet identique à celui d'une exception d'ordre public (2).

avant la fin de l'année 2008 » (Souligné par nous).

2303 Pour une systématisation et un recensement de la qualification de la protection des données personnelles comme exigence essentielle en droit communautaire, voir LEVALLOIS-BARTH Claire, *La protection européenne des données à caractère personnel et de la vie privée dans le contexte des réseaux et services de communications électroniques*, Tome 1, thèse, Rennes I, 2003, pp. 85-92. En droit positif, voir par exemple: Directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, Journal officiel n° L 165 du 19/06/1992 p. 27, article 6,3 ; Décision 2009/750/CE de la Commission du 6 octobre 2009 relative à la définition du service européen de télépéage et à ses aspects techniques [notifiée sous le numéro C(2009) 7547] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel n° L 268 du 13/10/2009 p. 11, Annexe III, 2.

2304 Programme général du 28 mai 1969 en vue de l'élimination des entraves techniques aux échanges résultant de disparités entre les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, JOCE C 76 du 17 juin 1969, p. 1.

2305 Communication de la Commission du 31 janvier 1985 au Conseil et au Parlement européen, *Harmonisation technique et normalisation: une nouvelle approche*, COM (1985) 19 final du 30 janvier 1985.

## 1) Une autonomisation impossible dans sa définition

De manière croissante en droit de l'Union, au concept de protection des données personnelles comme élément du droit des données personnelles est préférée la dénomination de droit fondamental à la protection des données. Ainsi, tant l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE que l'article 16 du TFUE consacrent chacun, dans leur premier alinéa, un « droit à la protection des données à caractère personnel »<sup>2306</sup>. L'isolation clinique de ce droit au sein du droit des données a ainsi été poussée au bout de sa logique, aboutissant à la consécration de manière distincte d'un fragment du droit des données personnelles. Sortant d'une logique de droit matériel pour rentrer dans une logique de protection des droits et libertés fondamentales, cet élément, le droit de la protection des données personnelles, tend alors à devenir un « droit à la protection des données personnelles ». Or, la consécration d'un tel droit n'apporte aucune garantie nouvelle à la protection de la personne fichée. Elle se contente d'essayer de présenter sous un angle subjectiviste certaines des dispositions du droit des données personnelles, sans arriver à les autonomiser. Une telle absence d'autonomie est tant conceptuelle que, consécutivement, matérielle.

D'un point de vue conceptuel en effet, le droit à la protection des données personnelles, que la doctrine et le droit primaire de l'UE tentent d'autonomiser, ne constitue qu'une mesure compensatoire à l'instauration d'un régime libéral. Il ne constitue pas une valeur en soi mais un bouquet de valeurs et de principes, regroupés sous une même étiquette, et qui n'ont de sens que dans un contexte, celui de liberté de traitement des données. En effet, la consécration d'un tel droit ne protège nullement une valeur ou un intérêt inhérent à la personne humaine. Elle ne le protège que des abus d'une liberté spécifique, c'est à dire d'un contexte dans lequel cette liberté est le principe, donc omniprésente. Un parallèle peut être dressé à cet égard avec le droit fondamental à la protection d'un environnement sain, qui n'existe pas en soi mais seulement dans un contexte dans lequel l'atteinte à l'environnement constitue le principe, prolongeant des intérêts considérés comme licites.

A cet égard, la situation du droit des données personnelles est très différente de celle du droit protégeant la vie privée. Ce dernier constitue une garantie indifférenciée au service d'un intérêt bien isolé de la personne humaine. *A contrario*, la protection de l'objet « données personnelles » au sein du droit éponyme ne constitue une garantie de la personne qu'à l'égard d'un certain type d'atteintes. L'objet du droit de la protection des données personnelles, dans une logique subjectiviste, est donc de protéger la personne physique contre un certain type d'atteinte à l'ensemble de ses intérêts, et non de garantir un intérêt considéré comme fondamental de la personne, comme la liberté de penser, d'expression, le droit à la protection de la vie privée... Consubstantiellement, le droit à la protection des données personnelles ne constitue donc qu'une limite à un but qui lui donne toute son identité. Cela implique qu'il n'est pas pertinent d'essayer de penser le droit à la protection des données personnelles indépendamment du reste des dispositions du droit des données personnelles.

Or, une telle tentative a été accomplie dans le cadre de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Une lecture littérale de ses dispositions<sup>2307</sup> révèle l'impossible autonomie

2306 Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 8.

2307 Les dispositions de cet article 8 ont déjà été citées *supra* mais, dans l'optique d'une analyse littérale, il paraît utile de les rappeler *in extenso* : « 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

conceptuelle d'un tel droit fondamental à l'égard du droit des données personnelles, qui constitue un tout non divisible. Au sein des dispositions de cet article énonçant des droits et obligations<sup>2308</sup>, l'impossibilité de cette autonomie est flagrante à deux égards.

En premier lieu, cette recherche d'autonomie s'avère inutile car redondante avec les dispositions déjà existantes du droit des données personnelles. Ainsi, le premier alinéa accorde généreusement un droit à la protection de ses données personnelles pour toute personne, c'est à dire un droit créance permettant à chacun d'exiger de l'État qu'il mette en œuvre des institutions et procédures aptes à le protéger. Cette formulation n'apporte rien à celles retenues par les instruments relatifs aux droits des données personnelles, qui permettent à toute personne physique de bénéficier d'une telle protection non pas en leur accordant un droit mais en encadrant une activité, celle de traitement des données personnelles. De surcroît, la formulation retenue par la Charte est moins précise que celle retenue par les instruments relatifs aux données, en étendant à toute personne, sans distinction qu'elle soit physique ou morale, le bénéfice de cette protection. Or, une donnée personnelle n'est jamais relative qu'aux seules personnes physiques<sup>2309</sup>.

Le second alinéa énonce des obligations pour l'auteur d'un traitement et des droits pour la personne fichée. Les auteurs de traitement doivent prévenir la personne fichée (« traitées loyalement »), n'utiliser le traitement de données personnelles que pour la finalité affichée (« à des fins déterminées ») et prolonger une finalité légitime ou être autorisé par la personne fichée elle-même. D'autre part, cet alinéa accorde à toute personne un droit d'accès et de rectification à ses données personnelles. Or, en soi, cet alinéa se contente d'isoler des éléments du régime encadrant la liberté de traitement des données personnelles. Or, ces éléments n'ont de sens que dans le cadre d'ensemble du droit des données personnelles et ne peuvent être réduits, loin s'en faut, à une finalité de protection de la personne fichée.

Ainsi, la triple obligation imposée aux auteurs de traitements de données n'impose rien qui n'existe déjà dans les instruments préexistants relatifs aux données personnelles :

- L'exercice de cette liberté implique de la part de son titulaire des obligations déclaratives préalables à la CNIL et à la personne fichée, ce qui peut se lire dans une optique subjectiviste comme une obligation de loyauté du traitement.

- La liberté de traitement des données personnelles constitue une faculté pour son auteur mais un pouvoir pour son destinataire, pour qui l'exercice de cette liberté est vécu comme une nuisance. Or, le législateur a admis la licéité d'une telle nuisance, au regard de ses enjeux, à la condition que la nuisance que constitue pour la personne fichée le fait d'être fichée soit nécessaire et proportionnelle à l'intérêt qu'elle prolonge. D'où l'obligation énoncée dans la Charte que le traitement soit accompli pour la finalité qui est déterminée.

- Et comme l'exercice de cette liberté constitue une nuisance, il ne peut être justifié que par l'existence d'un intérêt légitime. D'où l'obligation énoncée dans la Charte que la finalité

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 ».

2308 C'est à dire à l'exception de toutes les dispositions du premier alinéa, qui se contente de formuler un droit général à la protection des données. A ce stade, il peut s'analyser aussi bien comme un droit-liberté que comme un droit-créance. Cet alinéa intéresse plus la qualification que le contenu de ce droit fondamental, ce qui explique un traitement pour partie différencié de cette question dans la section suivante.

2309 Voir par exemple l'article 2 a) de la directive 95/46, qui énonce que constitue une « donnée à caractère personnel » « toute information concernant une *personne physique* identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale » (souligné par nous).

annoncée du traitement soit réelle et licite.

Le dernier alinea impose, quant à lui, l'intervention d'une autorité indépendante pour faire respecter ces règles. Là aussi, cette obligation ne diffère en rien de celle posée par les divers instruments relatifs aux données personnelles, qui soit définissent simplement l'intervention d'une telle autorité, soit la définissent et l'imposent, comme en droit du Conseil de l'Europe et de l'UE<sup>2310</sup>. Et elle se comprend également comme un élément d'un régime de police administrative : par définition, si le législateur a choisi de ne pas faire reposer la conciliation d'intérêts sur le libre jeu de l'autonomie de la volonté, cela implique une intervention volontaire de sa part.

Dans ces conditions, dire de ces dispositions qu'elles constituent des « garanties substantielles » ou « procédurales »<sup>2311</sup> des droits et libertés de la personne fichée se comprend au regard de la consécration d'un droit fondamental à la protection des données, mais conduit à opérer une lecture subjectiviste de dispositions conçues dans une optique objectiviste de réglementation d'une liberté publique, celle de traiter des données personnelles.

En second lieu, cette recherche d'autonomie du droit à la protection des données personnelles du droit des données du même nom conduit à considérer que le consentement à un traitement de données personnelles constitue une garantie de la protection des droits et libertés de la personne fichée. Cela semble aller de soi mais cela ne rend pas compte que le consentement de la personne a été introduit au sein du droit des données personnelles dans une optique autre, à savoir constituer une garantie essentielle de la liberté de traitement des données personnelles<sup>2312</sup>. En effet, en apparence, l'exigence d'un tel consentement constitue une garantie supplémentaire de protection de la personne fichée. En réalité, il s'agit d'une sorte de privatisation de la procédure d'autorisation préalable, dans le but de garantir la liberté de traitement, puisque le consentement se substitue au contrôle dont la CNIL était investi dans le cadre d'un régime d'autorisation préalable. Tout le monde s'accordera sur le fait qu'il y a une différence dans le sérieux du travail d'une autorité de police qui examine une demande d'autorisation et l'internaute *lambda* qui coche sans même le lire un onglet ou une case sur un site internet exigeant son consentement pour l'obtention d'un service. Faire figurer cette disposition dans un document ayant pour vocation de constituer une charte des droits et libertés de la personne humaine paraît dès lors pour le moins paradoxal<sup>2313</sup>.

Dans ces conditions, nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de certains auteurs<sup>2314</sup> ayant

2310 Voir *infra*.

2311 DE SCHUTTER Olivier, « Article II-68 », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, LEVADE Anne, PICOD Fabrice (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II : la Charte des droits fondamentaux de l'UE*, Bruylant, 2005, pp. 133-135.

2312 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2, section 1.

2313 Ce paradoxe n'est pas relevé par l'instigateur de l'article 8 de la Charte, dans les commentaires qu'il a pu lui consacrer (BRAIBANT Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, p. 113), ni par d'autres auteurs se livrant au même exercice (DE SCHUTTER Olivier, « Article II-68 », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, LEVADE Anne, PICOD Fabrice (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II : la Charte des droits fondamentaux de l'UE*, Bruylant, 2005, p. 134 ; PRIOLLAUD François-Xavier et SIRITZKY David, *Le traité de Lisbonne. Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, La documentation Française, 2008, p. 462).

2314 D'autres ont pu critiquer cet article, mais nous n'en partageons pas les conclusions en raison de leur imprécision et de leur trop grande généralité. Considérant la consécration du droit de la protection des données personnelles comme un symptôme de l'« affaiblissement » et de l'« émiettement » des droits fondamentaux, voir DREYER Emmanuel, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *recueil Dalloz*, 2006, n°11, pp. 751-752: « Il existe un mouvement, pernicieux, consistant à galvauder les droits fondamentaux. Il consiste à qualifier de la même façon le droit et ses démembrements. Il en résulte une augmentation du nombre

explicitement critiqué l'inscription d'un tel droit à la protection des données personnelles au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. En effet, pour les professeurs belges Yves Poullet et Antoinette Rouvroy, « la récente promulgation de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par conséquent la reconnaissance du caractère quasi-constitutionnel du droit à la protection des données comme un droit constitutionnel distinct du droit à la protection de la vie privée pourrait, nonobstant l'intention noble de ces auteurs, rendre l'évaluation normative plus difficile sur certains points au lieu de la clarifier. En effet, la disposition peut être interprétée comme attribuant à la protection des données une valeur en soi, intrinsèque, qui éclipserait de la sorte ce qui nous semble être un aspect important: la valeur plutôt « intermédiaire » ou « instrumentale » de la protection de données, sa nature, non pas de « fin en soi », mais seulement d'« outil » de sauvegarde et de promotion de valeurs plus fondamentales, à savoir la valeur du développement personnel autonome et de la participation politique »<sup>2315</sup>.

Dans ces conditions, la « fondamentale » d'un tel droit ne peut être que formelle et structurelle. A cet égard, le professeur Véronique Champeil-Desplats distingue quatre significations possibles pour le qualificatif de « fondamental »<sup>2316</sup>. Ainsi, un droit peut d'abord être qualifié comme tel à raison de sa fondamentale axiologique, c'est à dire s'il « renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité »<sup>2317</sup>. Il peut ensuite être qualifié comme tel à raison de sa fondamentale formelle, soit à raison de sa place au sommet de la hiérarchie des normes. Il peut également obtenir cette qualification s'il renvoie explicitement à des valeurs conçues comme universelles. Enfin, il peut être qualifié comme tel à raison de sa fondamentale structurelle, c'est à dire s'il fonde l'existence ou l'effectivité d'autres droits et libertés fondamentales.

La considération du droit à la protection des données personnelles comme d'un droit fondamental ne peut se justifier qu'à partir de ce dernier type de fondamentale. En effet, le droit de ne pas voir ses intérêts préexistants lésés par un procédé informatique peut difficilement renvoyer à une valeur inhérente à l'être humain<sup>2318</sup>, ce qui élimine la fondamentale axiologique. En outre, dans la mesure où il s'agit d'un droit qui n'apparaît que dans le sillage des derniers progrès technologiques en matière d'information et de communication, il paraîtrait tout aussi douteux de considérer que le droit à la protection des données personnelles constitue un élément du *jus cogens*, à valeur universelle. La considération de la fondamentale formelle du droit à la protection des données personnelles paraît déjà plus certaine, dans la mesure où ces dispositions protectrices ont été hissées dans la hiérarchie des normes au rang de droit primaire de l'UE<sup>2319</sup>. En définitive, au sein de cet éventail de significations pour le terme de « fondamental », il ne reste

des droits concernés qui ne méritent pas toujours leur qualification. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en fournit la meilleure illustration. A titre d'exemple, au lieu de rattacher la protection des données à caractère personnel au respect de la vie privée, l'article 8 de cette Charte lui consacre des développements spécifiques. Les droits d'accès aux fichiers et de rectification sont, bien entendu, essentiels, mais constituent-ils, pour autant, des droits fondamentaux? ».

2315 POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in *État de droit et virtualité*, Éditions Karim BENYKHELF et Pierre TRUDEL, Thémis, Montréal, 2009, pp. 168-169.

2316 CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Rec. Dalloz*, 1995, pp. 323-329. Voir également, du même auteur: La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux, *Revue de Droit du Travail*, 2007, pp. 19-25.

2317 CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de Droit du Travail*, 2007, p. 20.

2318 La notion de donnée personnelle ne concernant que les personnes physiques (voir *supra*), le droit à la protection des données personnelles ne peut en aucun cas être utilisé par une personne morale pour défendre ses intérêts.

2319 Voir *supra*.

plus que la fundamentalité dite structurelle pour fonder une éventuelle qualification du droit à la protection des données personnelles de droit fondamental, en se basant sur son seul contenu. Ce droit serait alors qualifié ainsi en ce qu'il aurait pour objet de rendre effectif d'autres droits et libertés considérés comme tels.

Pour adopter une terminologie plus contemporaine en matière de droit et de libertés fondamentales, si le droit à la protection des données personnelles ne garantit pas en soi de droit fondamental substantiel, il constitue un « droit fondamental structurel »<sup>2320</sup> ou un « droit-garantie »<sup>2321</sup>, en ce qu'il garantit à la personne fichée une protection, non pas à l'égard d'une valeur ou d'un intérêt spécifique, mais à l'égard d'un procédé permettant d'attenter à un ensemble non définis de droits et de libertés.

A la différence du droit au respect de la vie privée qui protège un intérêt personnel, la protection *per se* de l'intimité, et un intérêt social, la garantie élémentaire de la liberté de la personne, le droit à la protection des données personnelles ne peut jouer en matière de droits de l'homme que le rôle de garantie institutionnelle, et non de droit protégeant une essence ou une valeur particulière. Il n'est donc pas limité, dans son rôle de protection de la personne fichée, par la nécessité de rester cantonné dans la défense d'un droit ou d'une liberté spécifique de la personne fichée. Cela justifie dès lors qu'il ait un champ d'action considérablement plus étendu que celui du droit au respect de la vie privée, que l'on considère ce dernier sous son aspect « personnel » ou « social ».

L'assimilation au droit au respect de la vie privée du droit à la protection des données personnelles s'étend dans une certaine mesure jusqu'à certains domaines protégés en tant que garanties institutionnelles : leurs fonctions sociales respectives se recoupent. Dans cette optique, le domaine couvert par la protection de la vie privée est immense car sous cet aspect, elle « n'est plus perçue comme un moyen de défense de la sphère privée contre les intrusions (...). La protection de la vie privée relève bien d'avantage, dans l'esprit du public, de la défense de l'ensemble des libertés individuelles dans la société de l'information »<sup>2322</sup>. Cette immensité lui permet de recouper très largement le champ couvert par le droit de la protection des données personnelles. Mais même en étirant le champ d'application de la protection de la vie privée à son

2320 Néologisme permettant de désigner comme fondamental au sens de la classification proposée par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS certains droits à raison de leur rôle structurel de protection d'autres droits et libertés, voir supra.

2321 FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENA-SOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PIN Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009, p. 496: cette notion s'oppose à celle de droit-objet, qui renvoie à un droit trouvant en lui-même sa propre fin, et se définit comme un droit ayant pour objet d'assurer l'effectivité d'autres droits, à l'instar des droits de la défense ou de la sécurité juridique.

2322 BURKERT Herbert, « Progrès technologique, protection de la vie privée et responsabilité politique », *RFAP*, n° 89, janvier-mars 1999, p. 119 et s.. Cette analyse est loin d'être marginale en doctrine. Voir ainsi LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 34: « S'il faut accorder une importance particulière à la protection des droits et libertés fondamentaux, il faut observer qu'à travers la protection des données personnelles la loi Informatique, fichiers et libertés entend protéger tous les droits et toutes les libertés, sans considération de rang ni de domaine, juridiquement attribués aux personnes ». Dans la même veine, POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *in État de droit et virtualité*, Éditions Karim BENYEKHLEF et Pierre TRUDEL, Thémis, Montréal, 2009, p. 210: « la protection des données est également un outil qui permet de protéger d'autres droits que le droit à la protection de la vie privée: il permet d'empêcher le traitement d'informations relatives à l'origine raciale ou ethnique, aux opinions politiques ou aux croyances religieuses ou philosophiques, à l'appartenance syndicale, à la santé ou à la vie (...) de l'individu ».

rôle de garantie institutionnelle, la protection de la vie privée ne peut résumer le droit de la protection des données personnelles.

Il résulte de ce qui précède que l'existence d'un hypothétique droit fondamental autonome à la protection des données personnelles ne saurait se concevoir indépendamment du tableau d'ensemble qu'est le droit des données personnelles, à peine de consacrer des dispositions inutiles, voire d'introduire des contresens au sein d'une norme qui a tout de même valeur de droit primaire de l'UE. L'autonomie d'un tel droit fondamental est en outre impossible sur le plan matériel, rendant inutile l'intérêt même de sa qualification comme droit fondamental.

## **2) Une autonomisation impossible dans ses effets**

La dominance actuelle du libéralisme comme modèle d'organisation politique et économique dans l'ordre interne comme, à un degré moindre, dans l'ordre international, a une conséquence directe sur les conflits opposant une liberté à un droit fondamental : si la première est considérée dans ce cadre comme le principe, le second ne peut qu'en constituer l'exception. Dans ces conditions, même consacré comme un droit fondamental, le droit à la protection des données personnelles n'emporte pas des effets différents des dispositions qui, au sein du droit des données personnelles, sont relatives à leur protection. La consécration d'un tel droit fondamental ne modifie pas le contenu des garanties apportées à la personne fichée, seulement leur portée<sup>2323</sup>.

Un tel constat se trouve renforcé par la considération, plus générale, du motif de protection des droits fondamentaux comme d'une exception d'ordre public dans l'ordre international. Elle n'est toutefois pas directement et intuitivement accessible. En effet, le problème n'est pas la description de l'effet de la notion de droit et libertés fondamentales sur une relation juridique internationale, qui est toujours réalisée de manière pertinente en droit positif. Le problème réside dans les termes employés pour ce faire. En effet, pour décrire la réalité similaire du motif d'interruption légitime d'une relation internationale à raison de la protection des droits et libertés fondamentales, les termes de l'analyse diffèrent, parfois très radicalement, selon que son auteur s'exprime à partir du droit international public, du droit de la CESDH, du droit de l'UE ou du droit international privé. Ces différences d'appellations se justifient à raison de la spécificité des objectifs propres à chacune de ces matières. Pour des raisons de clarté, il sera proposé de ne retenir pour désigner ce phénomène que la dénomination d'exception d'ordre public, sous-entendue par le droit international économique et usuellement employée en droit international privé.

Au delà de telles différences d'appellations, la différence d'analyse tient au fait que le droit de la CEDH et celui de l'UE n'abordent la question qu'à partir d'un point de vue téléologique. Le phénomène est alors décrit avec exactitude, mais dans des termes distincts reflétant la diversité de préoccupation de ces corpus différents (b). Le droit international privé et, dans une moindre mesure le droit international économique, ont une vision plus objective de la situation. Ils ne considèrent pas les raisons de cette conditionnalité mais uniquement ses effets sur la relation internationale. Ils sont centrés sur un objectif non pas de renforcement d'identité par exclusion comme les droits européens, mais par celui de l'établissement de relations internationales caractérisées par la recherche de sécurité juridique. C'est la raison pour laquelle, de manière explicite en droit international privé et de manière implicite en droit international économique, les droits et libertés fondamentaux sont qualifiés et envisagés en tant qu'exceptions d'ordre public (a).

2323 Voir *infra*.

a) La protection des droits fondamentaux, motif fondant explicitement une exception d'ordre public

Il est proposé d'intégrer la protection des droits fondamentaux à la notion d'exception d'ordre public, afin de rationaliser la diversité des appellations en la matière. Une telle dispersion nuit en effet à la prise en compte des dispositions de protection de la personne fichée, comme relevant d'un ordre public spécial. Deux modèles sont alors conviés : celui, théorique, du droit international privé (a-1) et celui, pragmatique, du droit international économique (a-2).

*a-1) Un cadre théorique pertinent et clair en droit international privé*

Le droit international privé est spécialement bien outillé pour appréhender la question. En effet, à la différence de ce que l'on observe en droit de l'UE, l'analyse ne se réduit pas la seule validité formelle de la norme, sa légalité au sens de la hiérarchie des normes de Kelsen, mais retient trois critères de la validité juridique, cette dernière étant conçue comme « la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques que ses auteurs lui attribuent »<sup>2324</sup>. Le premier est celui de la validité formelle. Il « impose de s'assurer, lorsqu'il faut se prononcer sur la validité d'une norme donnée, que cette dernière a été adoptée par les autorités compétentes et selon la procédure prévue à cet effet »<sup>2325</sup>. Le second est celui de la validité axiologique ou de la légitimité de la norme. Le troisième est celui de son effectivité ou de sa validité factuelle, c'est à dire de « son aptitude à atteindre l'objectif poursuivi au moindre coût économique et social »<sup>2326</sup>.

En droit international privé, ainsi que le souligne le professeur Rémy, « le critère de légalité, privilégié en droit interne, perd une grande part de sa pertinence ». La raison en est qu'« on ne peut raisonnablement exiger de l'auteur étranger à la norme qu'il se soit confronté aux règles de compétence et de procédure du for, et il semble généralement déplacé que le juge de l'ordre juridique requis opère un contrôle de légalité à l'aune des normes supérieures étrangères »<sup>2327</sup>. Dans ces conditions, « ce sont les deux autres critères de validité précédemment mentionnés – la légitimité et l'effectivité – qui retrouvent ici leur titre de noblesse. Au contrôle privilégié de la légalité en droit interne, se substitue, en présence d'une norme étrangère, une appréciation en termes de légitimité à travers l'exception d'ordre public et en termes d'effectivité à l'aide du mécanisme des lois de police »<sup>2328</sup>.

L'intérêt du recours privilégié à la terminologie du droit international privé pour désigner la fonction d'exception d'ordre public des droits fondamentaux est double. Le premier découle de sa fonctionnalité : dire des droits fondamentaux qu'ils peuvent constituer un motif légitime d'inexécution d'une obligation internationale ou de suspension des effets sur le territoire national d'une norme extraterritoriale étrangère est neutre. Cela ne permet que de désigner son effet et,

2324 OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 314.

2325 RÉMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 79, 2008, p. 427.

2326 OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 329.

2327 RÉMY Benjamin, *op. cit.*, pp. 427-428.

2328 RÉMY Benjamin, *op. cit.*, p. 428. La question de la différence de point de vue entre les exigences de la hiérarchie des normes et le droit international privé fait d'ailleurs l'objet d'un traitement systématique dans la thèse de GANNAGÉ Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 353, 2001.

ainsi, d'éviter de se perdre dans des considérations plus abstraites, comme par exemple l'existence ou non d'un hypothétique droit constitutionnel ou fédéral européen. Le second est que le droit international privé a pour objet même de concilier les différences parfois irréductibles d'ordres juridiques distincts et d'assurer la continuité des relations juridiques internationales en dépit de ces éventuelles incohérences. Toutes proportions gardées, ce que l'on désigne en droit public par l'expression de « dialogue des juges » n'est pas autre chose qu'une opération relevant dans son esprit du droit international privé. Malgré le constat de la différence et parfois de l'incohérence irréductible de certains ordres juridiques distincts, les juges tentent d'assurer la continuité et la sécurité juridique des relations internationales. Dans ces conditions, le caractère irréductible de ces ordres se traduit en droit public par le constat que la hiérarchie des normes ne peut régler à elle seule le conflit de lois. L'on ne peut dès lors s'en tenir à la seule validité formelle des normes. Une telle option ne serait ni constructive, ni porteuse de sécurité juridique: on le voit bien en matière de hiérarchie des normes, chaque interprète suprême de son ordre juridique a les moyens d'interpréter l'acte fondant cet ordre comme primant dans la pyramide de Kelsen. Un cantonnement obstiné sur le plan de la validité formelle ne peut alors aboutir qu'à une guerre des juges, donc à l'insécurité juridique.

En droit international privé, le principe est le respect de l'autonomie de la volonté, qui implique alors la possibilité pour toute personne privée de choisir la loi d'un État de son choix pour régir une situation juridique internationale avec une autre personne privée. Ce principe de liberté est tempéré par deux exceptions : l'exception d'ordre public et la loi de police.

L'exception d'ordre public désigne en droit international privé une « exception de non-tolérance du résultat produit par l'effet d'une coordination passant par la norme étrangère (règle ou jugement) » dont la fonction est « protectrice et répulsive »<sup>2329</sup>. Elle a pour but d'éviter qu'une solution reconnue comme parfaitement légale dans un pays tiers soit appliquée dans l'ordre interne, par le jeu du droit commun du droit international privé, où elle serait considérée comme choquante au regard des mœurs et des valeurs<sup>2330</sup>. Cela explique le refus dans l'ordre juridique français des effets de certains actes ou faits juridiques légalement constitués à l'étranger et considérés comme contraires à l'ordre public en France, comme la polygamie, la répudiation ou la gestation pour autrui.

La loi de police, au sens du droit international privé, permet d'écarter le principe de l'autonomie de la volonté non plus de manière réactive et *a priori* d'un conflit de loi devant le juge, mais de manière proactive et *a posteriori*, par l'action du législateur. Une loi de police n'est alors jamais, en droit international privé que le prolongement d'une police administrative spéciale en droit administratif interne, en ce qu'elle constitue une solution non plus judiciaire mais légale d'un conflit prévisible de lois<sup>2331</sup>.

La conditionnalité des droits et libertés fondamentales s'exprime de manière tout aussi impérieuse dans les relations internationales entre personnes privées. Elle est pour l'essentiel le fait de l'influence de la CEDH sur les solutions traditionnelles du droit international privé. En effet,

2329 RÉMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 79, 2008, p. 208.

2330 D'AVOUT LOUIS, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in DUBOUT Édouard et TOUZÉ Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, pp. 195-196: « Ce n'est pas, dans la pureté des principes, la norme étrangère qui est évalué (...) ; c'est l'impact probable de la situation qu'elle proclame sur l'opinion publique locale (le pronostic de son insertion sociale harmonieuse) qui motive ou au contraire dissuade le juge français d'y prêter main-forte ».

2331 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

la Cour de Strasbourg a donné à la notion d'ordre public européen une dimension extraterritoriale. Cette dimension est constituée par l'application extraterritoriale de dispositions de la CESDH dès lors qu'il existe au sein de l'affaire jugée un élément d'extranéité. Cette conception s'oppose au relativisme du droit international privé, qui « repose sur la coordination entre les lois étatiques, sans qu'aucune n'ait de vocation hégémonique puisque, par définition, la justice du rattachement doit l'emporter sur la justice matérielle »<sup>2332</sup>. Ainsi « en matière de droits fondamentaux comme en droit comparé, la poursuite de l'harmonie substantielle l'emporte sur l'objectif d'harmonie internationale des solutions et l'aspiration à l'universalité étouffe l'esprit relativiste que cultive le droit international privé »<sup>2333</sup>.

Ces dispositions de la CESDH tendent d'ailleurs à être incorporées par les juges internes dans l'exception d'ordre public international français<sup>2334</sup>. La Convention européenne des droits de l'homme joue alors « parfois à la manière de l'ordre public pour fonder que le juge national écarte une loi étrangère incompatible ou encore un jugement étranger rendu sans respecter les droits de la défense tels qu'entendus dans le cadre de l'article 6 de cette convention »<sup>2335</sup>. La crainte d'une éviction trop fréquente, voire systématique, des lois étrangères contraire à la CESDH va naître en France à la suite d'une décision de la Cour d'appel de Paris écartant, au motif de l'article 8 de la CESDH, la loi argentine refusant aux transsexuels la possibilité de changer de sexe à l'état civil<sup>2336</sup>.

Mais le plus souvent, elles s'appliquent en produisant un effet d'exception d'ordre public sans en avoir le nom. Ce phénomène a été perçu avec une certaine inquiétude comme un impérialisme ou un absolutisme des droits garantis par la CEDH par les auteurs de droit international privé<sup>2337</sup>. Plus précisément, leur inquiétude est alimentée par l'article 1<sup>er</sup> de la CESDH, qui dispose que « les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention ». L'inquiétude des internationalistes privatistes vient de ce que, « à s'en tenir à la lettre du texte, toute personne, quelle que soit sa nationalité, dès lors qu'elle a saisi valablement le juge d'un État partie, peut désormais bénéficier des droits garantis par la Convention. Cela signifie, non seulement, qu'elle peut s'opposer à l'application d'une disposition du for qui violerait les exigences de celles-ci, mais qu'elle peut faire échec également à l'application dans un État partie d'une norme étrangère contraire aux droits fondamentaux qui figurent dans le traité »<sup>2338</sup>.

Pour contrer la négation des méthodes du droit international privé qui résulterait d'une application directe et systématique des dispositions de la CESDH, un remède a été identifié par ces

2332 FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, 2000, vol. 52, n° 4, pp. 802-803.

2333 FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *op. cit.*, p. 802.

2334 SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, 5<sup>ème</sup> édition, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF-Thémis, 2009, p. 17.

2335 RUIZ FABRI Hélène, L'ordre public en droit international, in REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Droit et justice n° 29, 2001, pp.86-87.

2336 CA Paris, 14 juin 1994/5.

2337 GANNAGE Léna, « A propos de l' « absolutisme » des droits fondamentaux », in « Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques », *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 268.

2338 GANNAGE Léna, *op. cit.*, p. 268 : « Il faut attendre l' « irruption » de la Convention européenne des droits de l'homme « sur la scène du droit international privé » pour que les dangers d'une emprise des droits fondamentaux sur la discipline commencent à se profiler et que les craintes de leur impérialisme se précisent simultanément ».

auteurs: « il consiste à assurer l'application des droits fondamentaux par le biais de l'exception d'ordre public international. Dans la mesure, en effet, où celle-ci a vocation à assurer la défense des principes essentiels en vigueur dans l'ordre du for, elle offre le grand avantage de permettre « d'identifier parmi les droits dits fondamentaux ceux qui méritent réellement cette qualification »<sup>2339</sup>. Il s'agit ainsi d'utiliser cette notion comme un filtre permettant de trier les « vrais » droits fondamentaux de ceux qui n'en revêtiraient la qualification que de manière abusive.

Mais l'utilité d'une telle application de la méthode et des concepts du droit international privé est ailleurs : elle permettrait d'unifier sous une qualification fonctionnelle les effets des droits fondamentaux sur le respect des obligations internationales. En effet, actuellement, ce phénomène est perçu par des auteurs venant de disciplines différentes, dans des termes différents, pour une réalité observée similaire.

#### *a-2) Une pratique pertinente et pragmatique en droit international économique*

L'intérêt de proposer le droit international économique comme modèle se justifie à raison de l'ancienneté du traitement de cette problématique. En effet, dès l'origine, l'objectif est de permettre l'exercice réel et sans entraves de libertés qui s'exercent au delà des frontières nationales, au premier rang desquelles la libre circulation des marchandises et des services. Les obstacles non strictement douaniers à ce processus de libéralisation ont pu alors être indistinctement qualifiés en fonction de leurs effets restrictifs sur ces libertés comme des barrières non tarifaires. Cette qualification est particulièrement intéressante en ce qu'elle se limite à décrire les effets d'une réglementation nationale qui peut porter tout aussi indifféremment sur la santé publique, l'environnement ou les droits et libertés fondamentaux. Ces intérêts extra-économiques sont alors reconnus comme des obstacles légitimes à l'exercice d'une liberté internationale, formulation neutre qui s'avère utile pour rationaliser la diversité de la description des effets des droits et libertés fondamentaux dans l'ordre international.

D'un point de vue textuel, il n'existe pas de disposition expresse en droit de l'OMC consacrant la protection des droits fondamentaux comme un motif légitime général de restriction à la libéralisation des échanges. Toutefois, ce constat doit être nuancé à deux égards. D'abord parce que la large portée des termes retenus pour formuler ces exceptions peut conduire à réintégrer une partie non négligeable des droits fondamentaux comme tel. Ensuite parce que la jurisprudence de l'Organe de Règlement des Différends (ci-après ORD) vient pallier la carence de la mention des droits fondamentaux, d'une part en refusant d'isoler cliniquement le droit de l'OMC du reste du droit international et ,d'autre part, en admettant une certaine ouverture aux intérêts extra économiques sous réserve que la protection de tels intérêts ne constitue pas une barrière non tarifaire.

Pour les professeurs Thiébault Flory et Nicolas Ligneul, il est ainsi possible de distinguer « la présence des droits de l'homme en filigrane des travaux de l'OMC »<sup>2340</sup>. Ainsi, l'article XX du GATT relatif aux exceptions<sup>2341</sup> présente, dans ses alinéas b, e et g, « un rapport avec le droit à la vie, le

2339 GANNAGE Léna, *op. cit.*, p. 271.

2340 FLORY Thiébault et LIGNEUL Nicolas, « Commerce international, droits de l'homme, mondialisation : les droits de l'homme et l'organisation mondiale du commerce », *in* « Commerce mondial et protection des droits de l'homme », Publications de l'Institut international des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 184.

2341 GATT, Article XX, Exceptions générales:

droit à la santé, le droit à un environnement sain et les droits fondamentaux des prisonniers »<sup>2342</sup>. Sur la base du même article, il est possible de déduire de l'alinéa d) un rapport avec l'ensemble des dispositions extra-économiques nationales qui ne sont pas incompatibles avec le GATT, dont les instruments relatifs à la protection des droits fondamentaux. L'ensemble de l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) fait également référence au droit à la santé en constituant précisément un standard commun de principes permettant de fonder des mesures de restriction du commerce basées sur des considérations phytosanitaires. Dans le même ordre d'idée, il pourrait être possible de déduire de l'article XXI du GATT de 1994 et des article XIV et l'article XIVbis de l'AGCS une « référence au droit à la sûreté »<sup>2343</sup>. Plus largement, la référence à l'ordre public au sein de l'article XIV de cet instrument permettrait éventuellement d'y inclure tout ou partie des droits fondamentaux qui sont susceptibles de recouper cette notion. En effet, au terme de la note de bas de page n° 5 explicitant cette disposition dans l'AGCS, une mesure est nécessaire pour le maintien de l'ordre public lorsqu'elle répond à « une menace véritable et suffisamment grave qui pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société ». Si le caractère large d'une telle formulation permettrait d'y inclure notamment la protection des droits de l'homme<sup>2344</sup>, la majeure partie de la doctrine s'accorde à penser que les textes du GATT et de l'OMC ne permettent pas en tant que tels de fonder par principe une exception légitime au commerce pour un motif de protection des droits fondamentaux ou, qu'à tout le moins, ces instruments s'avèrent particulièrement incomplets<sup>2345</sup>.

Cette carence textuelle a été compensée pour l'essentiel par la jurisprudence de l'ORD dans un souci de sécurité juridique car il n'existe pas de hiérarchie juridiquement établie entre les instruments internationaux de protection des droits de l'homme et ceux accompagnant la libéralisation économique. L'impératif de sécurité juridique implique alors une obligation d'interprétation conjointe et concordante de ces deux ensembles de dispositions, plutôt qu'un

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures

(...)

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;

(...)

d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur;

e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons;

(...)

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;

(...) ».

2342 FLORY Thiébault et LIGNEUL Nicolas, *op. cit.*, p. 184.

2343 FLORY Thiébault et LIGNEUL Nicolas, *op. cit.*, p. 185.

2344 LUFF David, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruylant - LGDJ, 2004, p. 651. Pour une opinion similaire mais plus étayée, voir GROSBON Sophie, La primauté du commerce sur les droits de l'homme dans le cadre de l'OMC, in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 178-180.

2345 GHERARI Habib, « Les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du commerce », in BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larquier, 2009, pp. 167-202.

splendide mais stérile isolement. Cet impératif est institutionnalisé en droit de l'UE qui, de longue date, bien avant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, avait orienté son action dans une voie respectueuse des droits fondamentaux conduisant dans les faits à l'établissement par la CJUE d'un double contrôle contentieux des dispositions déferées tant à l'aune des dispositions communautaires *stricto sensu* qu'à celles issues du Conseil de l'Europe et relatives aux droits fondamentaux<sup>2346</sup>. Cet impératif a pu être beaucoup plus problématique en droit de l'OMC qui, à la différence du droit de l'UE, n'implique aucune compétence en matière de droits fondamentaux. En effet, l'OMC a la personnalité juridique et ses missions, fixées à l'article III de l'accord l'instituant, n'incluent pas la défense des droits fondamentaux<sup>2347</sup>. Il en résulte qu'une interprétation extensive de ses compétences pour les englober dans son champ de compétences est exclue en vertu du principe d'interprétation stricte de la compétence des organisations internationales<sup>2348</sup>. Ainsi, « la problématique du respect des droits de l'homme est totalement exclue à l'OMC. Le respect de ces derniers est indifférent à l'entrée dans l'Organisation et il n'est pas sanctionné par cette dernière »<sup>2349</sup>.

Une telle attitude aurait pu constituer un problème en terme de sécurité juridique en permettant à l'OMC d'ignorer les obligations de ses États-membres en matière extra-économique. Tel n'est pas le cas du fait de la formulation du *Mémoire d'accord sur la procédure de règlement des différends* adopté par le traité de Marrakech. En effet, son article 3.2 énonce l'obligation pour l'ORD d'assurer la « sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » en imposant notamment l'interprétation des accords de droit international économique « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public »<sup>2350</sup>. Une telle disposition ne constitue pas une rupture par rapport à la pratique adoptée par les panels sous le régime du GATT de 1947<sup>2351</sup>, mais elle apporte une systématisation bienvenue. Cette systématisation est opérée dès les deux premiers rapports rendus par l'ORD: *États unis – Essence* et *Japon – Boissons alcoolisées*. Dans ces deux affaires, l'Organe d'Appel (ci-après OA) systématisait dans un premier temps la pratique « juridictionnelle » du GATT, en énonçant

2346 Voir *supra*, titre 1, chapitre 1.

2347 Ainsi, le premier paragraphe du préambule de l'accord instituant l'OMC énonce comme objectifs de ses États parties : « le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».

2348 FLORY Thiébault et LIGNEUL Nicolas, *op. cit.*, p. 181.

2349 FLORY Thiébault et LIGNEUL Nicolas, *op. cit.*, p. 182. Pour un constat similaire d' « absence de conditionnalité des droits de l'homme en droit de l'OMC », voir GHERARI Habib, *op. cit.*, pp. 171-175.

2350 Mémoire d'accord sur la procédure de règlement des différends, art. 3.2: « [I]e système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ».

2351 Ainsi, déjà sous le régime du GATT 47, les groupes spéciaux appliquaient des principes méthodologiques d'interprétation empruntés au droit international sans habilitation expresse, comme la prise en compte des travaux préparatoires, celle du principe de bonne foi selon l'article 31 de la Convention de Vienne, celle du principe de l'interprétation évolutive selon l'article 31 § 3.c) de la Convention de Vienne. Cette dernière option méthodologique préfigure la formulation retenue par le Mémoire car cet article de la Convention de Vienne prévoit la prise en compte « de toutes les règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties », permettant ainsi de prendre en compte l'enlacement et l'interconnexion des branches du droit international tout en permettant de réconcilier les normes conventionnelles et coutumières issues de branches différentes.

que les articles 31 et 32 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités font partie des « règles coutumières d'interprétation du droit international public ». Dans un deuxième temps, il élargit jurisprudentiellement les termes de l'art 3§2 du Mémorandum en considérant dans l'affaire *États-Unis – Essence* qu'« il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »<sup>2352</sup>. Cela se traduit concrètement par l'utilisation de normes exogènes pour interpréter les obligations du droit international économique toutes les fois où cela serait nécessaire, voire par l'application directe d'accords internationaux distincts du corpus du droit de l'OMC<sup>2353</sup>.

Il résulte de cette évolution du droit de l'OMC une obligation pour l'ORD d'interpréter les normes du droit international économique à la lumière des obligations extra-économiques des États membres comme en matière de protection des données personnelles. Ces obligations extra-économiques trouvent donc, dès lors qu'elles sont pertinentes, une légitimité à venir influencer l'application ou l'interprétation du droit de l'OMC<sup>2354</sup>.

b) La protection des droits fondamentaux, motif fondant implicitement une exception d'ordre public

Le caractère téléologique des systèmes juridiques du Conseil de l'Europe et de l'UE ne les empêche pas de considérer la protection des droits et libertés fondamentales comme un motif légitime pour interrompre une relation juridique internationale. Mais si ce que ces systèmes décrivent est bien une exception d'ordre public fondée sur la protection des droits et libertés fondamentales, leurs termes pour le décrire sont différents. Par là même, ces appellations implicites, tant en droit européen (b-1) qu'en droit de l'UE (b-2) tendent, dans une certaine mesure, à obscurcir la question de l'effet d'un droit fondamental, dans sa confrontation avec une liberté.

*b-1) En droit européen : l'exception d'ordre public européen*

En droit de la CEDH, les droits et libertés fondamentales peuvent jouer le rôle d'exception d'ordre public. Mais la qualification comme telle est loin d'être systématique. Les espèces traitant de l'extraterritorialité de la CESDH sont extrêmement rares. L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt *Soering*<sup>2355</sup>. Cet arrêt constitue un cas rare dans lequel « une convention internationale jouera à titre d'ordre public pour évincer une autre convention internationale »<sup>2356</sup>. En l'espèce, la CESDH a évincé une convention bilatérale d'extradition.

En droit européen, l'aptitude d'un droit fondamental à interrompre une relations juridique internationale est envisagé sous l'angle de l'effectivité des dispositions de la CESDH. Le phénomène est évoqué avec les termes d'ordre public européen, d'extraterritorialité, de protection par ricochet. Il s'appuie sur le caractère présenté comme objectif des obligations

2352 ORD, *États-Unis - Essence*, WT/DS2/AB/R, p. 21.

2353 Sur cette question, voir LAGET-ANNAMAYER Aurore, « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *RTDE*, vol. 42, n° 2, pp. 249-288.

2354 CANAL-FORGUES Éric, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 118-142.

2355 CEDH 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume Uni*, Rec. CEDH série A, arrêt n° 161.

2356 RUIZ FABRI Hélène, « L'ordre public en droit international », in REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Droit et justice n° 29, 2001, p. 87.

imposées par la CESDH. Ce caractère objectif, affirmé très tôt par la Commission<sup>2357</sup>, a pu justifier que ce système de garantie collective des droits de l'homme soit qualifié par la Cour de Strasbourg d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »<sup>2358</sup>.

Cette notion d'ordre public européen présente selon le professeur Sudre une « fonction de neutralisation des normes externes », qui consacrerait une « exception d'ordre public européen »<sup>2359</sup>. Cette dernière implique « l'inapplication d'une convention internationale » comme dans l'affaire *Soering* ou « l'éviction d'une norme étrangère », c'est à dire soit « l'inexécution d'un jugement étranger » ou « l'éviction d'une loi étrangère »<sup>2360</sup>. Dans ce cas, l'exception d'ordre public européen « va s'opposer à l'application d'un traité conclu avec cet État ou d'une loi de cet État normalement applicable: le principe de l'effet relatif des traités est malmené, la règle de conflit désignant la loi étrangère est écartée »<sup>2361</sup>.

Une telle qualification trouve sa justification dans le fait que la CESDH ne constitue pas un traité international comme les autres. La Cour elle-même a en effet considéré très tôt dans sa jurisprudence qu'« à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une garantie collective »<sup>2362</sup>. Ce caractère objectif découlerait de ce qu'en matière de droits de l'homme, les engagements de l'État partie seraient essentiellement réalisées auprès de l'individu davantage qu'envers les autres parties<sup>2363</sup>.

Dans leur confrontation avec des obligations internationales nées de conventions internationales ou de l'effet extraterritorial de la législation d'États tiers à la CESDH, les droits qu'elle garantit peuvent être considérés comme constituant une exception d'ordre public.

#### *b-2) En droit de l'UE: la conditionnalité des droits fondamentaux*

L'UE est la plus avancée des unions douanières, au sens de l'article XXIV du traité du GATT, ce qui implique qu'elle cherche à produire en son sein le maximum de liberté, à des fins économiques. Mais elle ne se réduit plus à cela et entend être un État de droit. La coexistence de ces deux dynamiques implique qu'aujourd'hui, pour un même ordre juridique de l'Union européenne, peuvent cohabiter deux façons de décrire l'exception d'ordre public constituée par l'invocation de la protection des droits fondamentaux : soit de manière claire en matière de construction d'une Union économique (b-2-1), soit de manière plus détournée en matière de construction d'une Union politique (b-2-2).

2357 Comm. EDH, 11 janvier 1961, *Autriche c/ Italie*, req. n° 788/60: « Considérant (...) que les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre es derniers ».

2358 CEDH 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, arrêt n° 310, §75.

2359 SUDRE Frédéric, « L'ordre public européen », in REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Droit et justice n° 29, 2001, p.125.

2360 SUDRE Frédéric, *op. cit.*, p.125 et ss.

2361 SUDRE Frédéric, *op. cit.*, p. 72.

2362 CEDH 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume Uni*, arrêt n° 28, § 239.

2363 SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9<sup>ème</sup> édition, PUF, 2008, p. 59: « la Convention est plus qu'un simple échange d'engagements inter-étatiques, elle assure au nom de valeurs communes et supérieures aux États la protection des intérêts des individus vivant sous l'autorité nationale et crée des « obligations objectives » dont le respect s'impose aux États non pas à titre de contrepartie des droits consentis par les autres États parties mais à raison des engagements pris à l'égard des individus ».

b-2-1) En droit du Marché intérieur: une exception d'ordre public bien identifiée et bien nommée

La jurisprudence communautaire adopte une formulation neutre des enjeux en présence. Esquissée en 1998 à l'occasion de l'arrêt de la CJCE relatif à la « guerre de la fraise »<sup>2364</sup>, la prise en compte des droits fondamentaux comme des obstacles légitimes au commerce sous réserve du caractère nécessaire et proportionnel d'une telle évocation n'a été explicitement établie qu'avec les arrêts *Schmidberger*<sup>2365</sup> et *Omega*<sup>2366</sup>. La première de ces espèces opposait la libre circulation des marchandises, qualifiée de « principe fondamental », aux libertés d'expression (art 10 CEDH) et de réunion (art 11). Le contrôle effectué par le juge communautaire revenait en fait à déterminer si l'exercice de la liberté de réunion pouvait en l'espèce être assimilé à une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de la jurisprudence *Dassonville* de 1974. Contrairement à l'affaire *Commission c/ France* relatif à la « guerre de la fraise », la Cour de justice a refusé en l'espèce de faire valoir la libre circulation des marchandises, garantie par l'article 28 du TCE. L'État autrichien n'a pas été tenu pour responsable d'une violation du droit communautaire car son comportement était réellement fondé par la protection des droits fondamentaux. La deuxième espèce opposait la libre prestation de services au principe de dignité de la personne humaine. La solution retenue par la Cour a été de considérer que « le respect des droits fondamentaux s'imposant ainsi tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises »<sup>2367</sup>.

Cette formulation s'appuie directement sur celle définie de manière tout aussi neutre dans la réserve d'ordre public de l'ex article 36 TCE et la jurisprudence relative aux exigences impératives d'intérêt général. La première de ces notions permet, « sur le fondement de considérations nationales jugées suffisamment impératives, (...) aux États de s'opposer eux-mêmes, au moins partiellement, à certaines implications essentielles du traité CEE, et en particulier à l'exercice des libertés qui en constituent l'objet propre »<sup>2368</sup>. La seconde « se présente comme potentiellement ouverte, à l'instar de l'ordre public ; mais surtout, comme l'ordre public, elle rassemble des considérations très diverses qui accusent justement les mêmes caractères d'exigences impératives, suffisamment éminentes par conséquent, pour s'opposer, au moins en partie, à l'exercice des libertés prévues par le traité, lors même que ce dernier ne prévoit pas expressément la possibilité de ces exceptions »<sup>2369</sup>. La neutralité de ces formulations leur permet de désigner les effets et la fonction de la notion d'ordre public, sans en utiliser le terme<sup>2370</sup>.

2364 CJCE, 22 octobre 1998, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. C-184/96, Rec. 1998, I p. 06197. Pour une analyse détaillée de l'affaire et de ses enjeux, voir DUBOUIS Louis, « La « guerre de la fraise » : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire », *RFDA*, 1998, pp. 120-131.

2365 CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-05659. Pour un commentaire détaillé de l'affaire, voir GEORGOPOULOS Théodore, Libertés fondamentales communautaires et droits fondamentaux européens : le conflit n'aura pas lieu, *LPA*, 8 janvier 2004, n° 6, pp. 8-14.

2366 CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, Rec. 2004, p. I-09609. Voir également CASSIA Paul, note sous CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Droit administratif*, janvier 2005, pp. 29-31.

2367 CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, précit., §74.

2368 PICARD Étienne, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 59.

2369 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 60.

2370 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 60: « Ces « exigences impératives » constituent certainement de l'ordre public ; mais, simplement, celui-ci est désigné, d'une façon générique et fonctionnelle, par son rôle ou, précisément, par ses effets d'« exigences impératives » ; et, d'une façon plus énumérative et plus concrète, il est spécifié par des éléments qui, en droit interne, peuvent parfaitement relever, d'un certain point de vue, de l'ordre public pris

b-2-2) En droit général de l'UE: une exception bien identifiée mais mal nommée

En droit général de l'UE, les droits fondamentaux sont effectivement décrits comme ayant les effets d'une exception d'ordre public, sans que le terme ne soit utilisé. A la place, on retrouve couramment les termes de réserve de constitutionnalité ou de conditionnalité des droits fondamentaux ou de protection équivalente. Cette distinction se justifie dans l'optique d'une UE considérée non pas uniquement comme une union douanière mais comme un État fédéral en devenir.

Le fond du problème est que l'on est dans une situation de processus fédéral laissant aux prises des ordres juridiques distincts. La plupart des problèmes de compatibilité trouvent une solution aisée dans une logique normativiste: tel acte européen prime sur le droit interne parce que certains éléments de la hiérarchie des normes l'énoncent. Mais certaines questions se trouvent bien davantage charpentées de l'intérieur par une question de légitimité que de légalité. Celle des droits fondamentaux en est spécialement emblématique: elle ne peut juste être considérée comme une politique publique de réglementation de l'activité des personnes privées, mais comme un élément de légitimation même du pouvoir.

L'idée d'équivalence des droits fondamentaux tente donc de résoudre un problème qui ne peut l'être par l'application de la seule logique kelsénienne dans un contexte de concurrence des normes fondamentales. Ce problème se résout en l'application de l'*effet Californie*<sup>2371</sup>, qui constitue l'envers du plus connu *effet Delaware*. Ces deux effets envisagent les deux résultats possibles mais opposés de la concurrence des législations de différents États dans le monde sur des points précis.

Dans le cas de l'*effet Delaware*, la concurrence normative aboutit à une course vers le régime le moins contraignant : tel est le cas de l'État américain du Delaware qui comporte le régime le plus souple en matière de formalités et d'obligations à respecter pour les entreprises, aboutissant à un véritable *dumping* juridique au sein des États-Unis<sup>2372</sup>. Dans ces conditions, un tel nombre d'entreprises y établissent leur siège social que les autres États américains abaissent leur niveau d'exigence pour contrebalancer ce *forum shopping*.

L'*effet Californie* est inverse : la Californie avait adopté, dans les années 1980, la législation la plus stricte de tous les États de l'Union en matière de législation environnementale aux États-Unis. Dans ce domaine précis, la concurrence normative a abouti à une course vers le régime d'obligations le plus contraignant. En effet, le coût pour les entreprises de l'adaptation de leurs produits aux normes locales apparaît comme important lorsqu'elles ont une activité internationale. Dès lors, il leur est plus rentable de produire leurs biens et services en se basant sur la norme la plus contraignante édictée par l'un des États dans lesquels ils proposent leur offre. Dans ces conditions, par le calcul rationnel des agents économiques, le standard le plus strict d'un État tend à se diffuser car son respect est assuré par principe, dès le stade la conception des biens et services<sup>2373</sup>. Cette norme la plus stricte finit donc par s'imposer, dans la pratique, aux autres États.

dans certaines de ses formes spéciales ».

2371 VOGEL David, *Trading up*, Harvard University Press, 1995, pp. 248-270. Cet effet Californie ou « *California effect* » fera l'objet de développements *infra*. Le phénomène est décrit par certains auteurs nord-américains non pas sous ce terme mais sous celui d'effet Bruxelles » : voir BRADFORD Anu, « The Brussels Effect », *Northwestern University Law Review*, Fall 2012, pp. 1-67. Cet effet Bruxelles ou « *Brussels effect* » fera l'objet de développements *infra*.

2372 Aux États-Unis, le Delaware est le deuxième plus petit État derrière celui du Rhode Island, ce qui peut expliquer le recours à une telle pratique pour attirer des capitaux sur son sol.

2373 C'est ce qui fait l'intérêt de la régulation par la technique, tel que mis en avant par la proposition de règlement

Les constructeurs automobiles américains ont opéré le calcul rationnel sus-décrit, pour lisser leurs coûts de production dans le cadre du marché américain. De fait, désormais, la norme environnementale respectée aux États-unis par les agents économiques concernés est celle adoptée par l'État de Californie.

Ces deux effets étant présentés, une question se pose : qu'est-ce qui fait qu'un système plus contraignant peut être préféré plutôt qu'un autre plus souple ? Deux éléments essentiels sont isolés par le professeur Anu Bradford<sup>2374</sup> : la taille du marché réglementé par les normes les plus strictes d'une part, la volonté de l'autorité étatique s'exerçant sur ce marché de faire effectivement respecter sa réglementation. L'*effet Californie* repose avant tout sur le premier élément : un marché qu'un opérateur économique ne peut, par sa taille et les débouchés qu'il procure, se permettre d'ignorer. Si les règles en vigueur sur ce marché sont effectivement appliquées et/ou comportent des procédés disciplinaires (autorités de contrôle publique et sanctions administratives ou pénales), il sera plus rationnel pour l'opérateur économique de s'y conformer dès lors que les pertes estimées d'une violation de la loi ne dépassent pas les gains espérés de la présence sur ce marché.

Or, tel est le cas au niveau mondial en matière de régime de l'utilisation et de la protection des données personnelles. Le marché européen constitue le plus large et le plus prometteur dans certains domaines comme les services, pour lesquels les traitements de données personnelles sont indispensables. L'UE et ses États membres bénéficient par ailleurs de procédés disciplinaires aptes à protéger l'ordre public spécial qu'elle a défini entre d'une part, la liberté de traitement des données et, d'autre part, la protection de ces mêmes données. Enfin, l'UE et ses États membres ont la volonté de rendre cet équilibre effectif, de par la politique existante de répression administrative exercée par la CNIL et ses homologues au sein des autres États membres et par la volonté, énoncée dans la proposition de règlement de janvier 2012 précitée, d'accroître notablement les pouvoirs de ces autorités<sup>2375</sup>. Ainsi, tel est actuellement le cas dans le conflit qui oppose actuellement ces autorités à la société *Google*. Cette dernière, qui a son siège social implanté dans l'État de Californie où le degré de protection des données est réel mais non conforme aux standards européens, tire argument de la localisation de son siège social pour ne pas se conformer aux règles européennes du droit des données personnelles. Ainsi, entre autres griefs qui lui sont reprochés, son célèbre moteur de recherche ne respecte pas le « droit à l'oubli »<sup>2376</sup>. Comment faire pour que cette société établie dans un pays étranger se conforme aux règles en vigueur sur le sol, même virtuel, européen ? Il faut d'abord qu'existe une volonté de sanctionner *Google* : c'est le cas avec l'action de sanction coordonnée des différentes CNIL des États membres de l'UE. Mais il faut également que les sanctions prononcées aient un caractère réellement dissuasif. Pour une entreprise comme *Google*, les montants maximaux pouvant être adoptés à titre de sanction par la CNIL, et effectivement adoptés à son encontre le 3 janvier 2014 pour un montant de 150000 euros<sup>2377</sup>, ne peuvent être considérés comme tels. C'est la raison pour laquelle le projet de règlement de janvier 2012 comporte des dispositions comparables à celles existant en

de janvier 2012 relative aux données personnelles, au travers du concept de « Privacy by design ». Sur cette question, voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

2374 BRADFORD Anu, « The Brussels Effect », *Northwestern University Law Review*, Fall 2012, pp. 1-67.

2375 Sur cette question, voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

2376 CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, aff. C-131/12, non encore publié.

2377 CNIL, 3 janv. 2014 délib. n°2013-420 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société *Google Inc.* Dans le cadre de cette délibération, la formation restreinte de la CNIL a prononcé une sanction pécuniaire de 150 000 euros, soit le montant maximal permis par l'article 47 de la loi du 6 janvier 1978, à l'encontre de la société *Google Inc.*, estimant que les règles de confidentialité mises en œuvre par celle-ci depuis le 1<sup>er</sup> mars 2012 n'étaient pas conformes au droit des données personnelles.

droit de la concurrence.

Confronté à des problèmes en tous points similaires d'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence à des entreprises n'ayant pas leur siège social dans un État de l'UE, le droit de la concurrence s'est vu doté d'un effet dissuasif nettement accru par la possibilité pour les autorités de police de prendre des sanctions dont le montant est fonction du chiffre d'affaires global de l'entreprise sanctionnée. Cela explique le montant en apparence extraordinaire des amendes arrêtées par la Commission européenne à l'égard de la société *Microsoft*<sup>2378</sup>. Mais le recours à des sanctions d'un tel montant paraît être en l'état la seule possibilité de faire fléchir des groupes internationaux dont le chiffre d'affaires peut parfois concurrencer ou dépasser celui de certains États. Dans ces conditions, en droit des données personnelles comme dans d'autres domaines, le standard européen est le plus strict au monde tant au niveau de ses obligations que de ses sanctions, et tend ainsi à être adopté par une majorité importante et croissante des acteurs économiques globaux en la matière. Le phénomène est d'ailleurs perçu précisément aux États-Unis sous le nom d' « *effet Bruxelles* »<sup>2379</sup>.

Le phénomène est le même dans l'ordre européen en matière de droits fondamentaux : l'harmonisation des standards commun en la matière s'est faite sur la base du régime le plus contraignant, caractérisant ainsi un *effet Californie* et non un *effet Delaware*. Toute la difficulté est que, si ce phénomène est effectivement à l'œuvre, il ne peut être correctement perçu car une terminologie hétérogène est employée en droit positif comme dans les écrits de la doctrine.

La terminologie la plus récemment employée peut être celle de la protection effective ou équivalente<sup>2380</sup>, ou de « réserve d'équivalence de garantie des droits fondamentaux »<sup>2381</sup>. Elle est révélatrice du parallélisme opéré par des auteurs intervenant dans des champs disciplinaires radicalement distincts mais aboutissant à décrire, dans les termes propres à leur discipline, un phénomène commun. D'un point de vue matériel, la protection équivalente consiste à conditionner l'effectivité d'un acte juridique étranger à un niveau de garanties étrangères comparable à celle prévalant dans l'ordre interne. En droit des données personnelles, elle trouve une application précoce et systématique depuis le milieu des années 1990, avec le dispositif de contrôle des flux transfrontières mis en place par les articles 25 et 26 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995. Ces dernières subordonnent la liberté de circulation des données personnelles à

2378 TPI, 27 juin 2012, *Microsoft Corp. c/ Commission européenne*, aff. T-167/08, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général), qui confirme la décision d'astreinte à son encontre dans une procédure où le montant total des sanctions prononcées à son encontre par la Commission dépasse les deux milliards d'euros (voir le détail des montants dans l'arrêt).

2379 BRADFORD Anu, *op. cit.* Il touche un ensemble de domaines variés ne se limitant pas au droit des données personnelles. Voir p. 3: « this Article highlights a deeply underestimated aspect of European power that the discussion on globalization and power politics overlooks: Europe's unilateral power to regulate global markets. The European Union sets the global rules across a range of areas, such as food, chemicals, competition, and the protection of privacy. EU regulations have a tangible impact on the everyday lives of citizens around the world. Few Americans are aware that EU regulations determine the makeup they apply in the morning, the cereal they eat for breakfast, the software they use on their computer, and the privacy settings they adjust on their Facebook page. And that's just before 8:30 AM. The EU also sets the rules governing the interoffice phone directory they use to call a coworker. EU regulations dictate what kind of air conditioners Americans use to cool their homes and why their children no longer find soft plastic toys in their McDonald's Happy Meals. This phenomenon--the "Brussels Effect"--is the focus of this Article ».

2380 MILLET François-Xavier, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, mars-avril 2012, pp. 307-317.

2381 BERRAMDANE Abdelkhalq, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE*, 3/2009, p. 453.

l'existence d'un niveau équivalent de protection des données personnelles dans l'État tiers, niveau apprécié par la Commission européenne. Cette analyse matérielle préfigure les analyses récentes et nombreuses d'auteurs publicistes à propos de l'arrêt *Kadi*<sup>2382</sup> ou de ses précurseurs comme les arrêts *So Lange* de la Cour constitutionnelle allemande et de ses suites.

La terminologie plus classique évoque l'idée d'une « réserve de constitutionnalité relative aux droits fondamentaux »<sup>2383</sup> pour désigner le résultat des affaires *Yusuf Al Barakaat* et *Kadi*<sup>2384</sup>. En soi, les solutions rendues dans ces arrêts ne constituent qu'une transposition des solutions adoptées dans les décisions de la Cour constitutionnelle allemande dans ses décisions *Solange I*, *Solange II*, *Marché des bananes* et *Traités de Lisbonne*<sup>2385</sup> et la Cour constitutionnelle italienne dans ses décisions *Granital* et *Fragd*<sup>2386</sup>. Ce type de raisonnement n'a été adopté qu'assez tardivement en France par le Conseil constitutionnel<sup>2387</sup> et le Conseil d'État<sup>2388</sup>. Elles ont été reprises dans la décision *Bosphorus* de la CEDH<sup>2389</sup>. L'emploi du terme de réserve de constitutionnalité se justifie pleinement, soit au regard du contrôle effectivement réalisé par une juridiction nationale à l'aune de normes pleinement constitutionnelles, soit au regard de la rhétorique adoptée par la CEDH<sup>2390</sup> et la CJUE<sup>2391</sup> dans leurs propres décisions.

L'expression désigne ainsi en droit de l'Union européenne le rôle d'exception d'ordre public joué par les droits fondamentaux dans le cadre de l'application dans l'ordre interne des obligations nées dans l'ordre international. Contrairement à ce qu'a pu estimer un auteur, les deux terminologies désignent un phénomène commun<sup>2392</sup>.

Cette évolution s'observe en droit de l'UE dans le cadre de la conditionnalité des droits de

2382 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. 2008, p. I-06351.

2383 BERRAMDANE Abdelkhaleq, *op. cit.*, p. 448.

2384 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, précité, §285 : « Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité ».

2385 Cour constitutionnelle allemande, *Solange I*, 29 mai 1974, BverfGE, 37, p. 271, 278 ; *Solange II*, 22 octobre 1986, BverfGE, 73, p. 339 ; Maastricht, 12 octobre 1993, BverfGE, 89, p. 155 ; *Marché des bananes*, 7 juin 2000, EuGRZ 2000, p. 328 ; traité de Lisbonne, 30 juin 2009, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

2386 Cour constitutionnelle italienne, *Granital*, arrêt n° 170, 8 juin 1984, CDE, 1986, p. 185 ; *Fragd*, arrêt n° 232, 21 avril 1989.

2387 Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Recueil, p. 101 - Journal officiel du 22 juin 2004, p. 11182.

2388 CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110, rec. p. 55.

2389 CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, n° 45036/98, CEDH 2005-VI.

2390 CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie (exceptions préliminaires)*, série A n° 310, §75, où la Convention est évoquée par la Cour comme l'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen ».

2391 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, précit., §285 : « Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité ».

2392 BERRAMDANE Abdelkhaleq, *op. cit.*, p. 453 : « La réserve de constitutionnalité a un champ d'application plus large que la réserve d'équivalence des droits. La première correspond au « noyau dur » d'un système juridique qui ne peut être remis en cause, la seconde est une sorte de mètre-étalon pour évaluer les droits fondamentaux garantis par différents systèmes juridiques ».

l'homme. En effet, l'arrêt CJCE 3 septembre 2008, *Kadi* a révélé l'existence d'une conditionnalité générale des droits fondamentaux protégés par l'UE à l'égard des ordres juridiques tiers. Il résulte de cet arrêt que la « primauté du droit international sur le droit de l'Union européenne trouve ses limites dans le respect des droits fondamentaux des individus »<sup>2393</sup>. L'intérêt de l'affirmation d'un tel principe est d'autant plus grand qu'il tranche avec l'attitude de la CEDH en la matière, dont une jurisprudence plus récente a pu faire l'objet de légitimes critiques<sup>2394</sup>. En l'espèce, la Cour de justice a prononcé l'annulation d'un règlement communautaire d'exécution de sanctions internationales adoptées par l'ONU à l'encontre de terroristes présumés au motif que « les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité »<sup>2395</sup>. En l'absence de garanties adéquates dans l'ordre juridique onusien, telles que l'absence totale de communication des motifs de l'inscription sur la liste noire des présumés terroristes, constitutive d'une atteinte disproportionnée aux droits de la défense<sup>2396</sup>, la Cour a ainsi refusé aux normes onusiennes la primauté à laquelle elle auraient normalement du avoir droit, effectuant par la même un « *So lange* à l'égard du système onusien »<sup>2397</sup>. Cet arrêt a ainsi le mérite d'affirmer l'obligation de principe de l'ensemble des actes communautaires, y compris conventionnels ou pris pour la mise en œuvre d'actes conventionnels, de respecter en cas de violation de droits fondamentaux le principe de proportionnalité sous peine d'une censure juridictionnelle. Une acception rigoureuse de ce principe impose de « s'interroger successivement sur l'adéquation de la mesure envisagée, sur sa nécessité et ensuite seulement sur sa proportionnalité au sens étroit »<sup>2398</sup>.

Une telle acception se trouve directement à l'origine de la soumission ostensible des actes communautaires d'exécution des « *smart sanctions* » onusiennes au respect des droits fondamentaux, dans le but d'assurer la sécurité juridique de ces actes. Il est à cet égard

2393 GAUTIER Marie, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux: le droit international sous la surveillance de la CJCE », note sous CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec.2008,p.I-6351, *JCP/La semaine juridique – Édition générale*, n° 45-46, 5 novembre 2008, p. 36. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, au delà de cette première référence et de manière non exhaustive au sein d'une abondante littérature, voir notamment JACQUÉ Jean-Paul, note sous CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *RTDE*, n° 45(1), janvier-mars 2009, pp. 161-179 ; MOINY Yves, « Aperçu de la jurisprudence communautaire développée dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international », *RDUE*, 1/2009, pp. 31-54 ; LABAYLE Henri et MEHDI Rostane, Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme, *RTDE*, n° 45(2), avril-juin 2009, pp. 231-265 ; BENLOLO-CARABOT Myriam, « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 380-386 ; FORTEAU Mathias, « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations-unies – Quelques remarques iconoclastes », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 397-402.

2394 KLEIN Pierre, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI*, 2007, pp. 43-64.

2395 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, précit., §285.

2396 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, précit., §§ 333 à 353.

2397 GAUTIER Marie, *op. cit.*, p. 39.

2398 GREWE Constance, « Les exigences de la protection des droits fondamentaux », in RIDEAU Joël, GREWE Constance, BALMOND Louis, ARCARI Maurizio (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Équilibres et déséquilibres de la balance*, Droit et Justice n°92, Bruylant, 2010, p. 75.

particulièrement révélateur que les actes européens ayant conduit l'UE à adopter depuis l'arrêt *Kadi* des listes noires européennes soumettent formellement de tels instruments au respect de droits fondamentaux particulièrement restreints: le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable, d'une part<sup>2399</sup>, le droit de propriété d'autre part<sup>2400</sup>, mais aussi et surtout, de manière systématique, le droit à la protection des données personnelles<sup>2401</sup>. L'accent particulièrement mis sur ce droit dans ces instruments récents révèle une volonté manifeste de prévenir un risque contentieux encore inédit devant les juridictions communautaires, aucune affaire en matière de listes noires établies à des fins de lutte contre le terrorisme n'ayant à ce jour et à notre connaissance évoqué, outre le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif, le droit à la protection des données personnelles. Or, un tel droit trouve naturellement à s'appliquer à des listes noires qui s'analysent matériellement comme des traitements de données personnelles. Cela explique la volonté récente de l'UE de soumettre de tels actes aux instruments communautaires de protection des données non pas pour un objectif de protection *per se* des droits fondamentaux mais « afin d'assurer un maximum de sécurité juridique dans l'Union »<sup>2402</sup>.

Les droits fondamentaux jouent en droit de l'UE un rôle d'exception d'ordre public. Bien identifié, le phénomène est mal nommé, expliquant la préférence naturelle pour le terme de droit fondamental pour désigner en droit de l'UE les dispositions relatives à la personne fichée.

2399 Règlement (UE) n° 753/2011 du Conseil du 1<sup>er</sup> août 2011 concernant des mesures restrictives instituées à l'encontre de certains groupes et de certaines personnes, entreprises ou entités au regard de la situation en Afghanistan, JO L 199/1 du 02/08/2011, p.1, considérant n° 4.

2400 Règlement (UE) n° 267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) n° 961/2010, Journal officiel n° L 88 du 24/03/2012, p. 1, considérant n° 26.

2401 Voir, de manière non exhaustive : Règlement (UE) n° 753/2011 du Conseil du 1<sup>er</sup> août 2011 concernant des mesures restrictives instituées à l'encontre de certains groupes et de certaines personnes, entreprises ou entités au regard de la situation en Afghanistan, JO L 199/1 du 02/08/2011, p.1, considérants n° 4 et 8 ; Règlement (UE) n° 36/2012 du Conseil du 18 janvier 2012 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie et abrogeant le règlement (UE) n° 442/2011, Journal officiel n° L 016 du 19/01/2012 p. 1, considérant n° 7 ; Règlement (UE) n° 267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) n° 961/2010, Journal officiel n° L 88 du 24/03/2012, p. 1, considérant n° 6 ; Règlement (UE) n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, Journal Officiel n° L 78 du 17/03/2014 , p. 6, considérant n° 6 ; Règlement (UE) n° 748/2014 du Conseil du 10 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard à la situation au Soudan du Sud, Journal officiel n° L 203 du 11/07/2014 , p. 13, considérant n° 6.

2402 Règlement (UE) n° 36/2012 du Conseil du 18 janvier 2012 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie et abrogeant le règlement (UE) n° 442/2011, Journal officiel n° L 016 du 19/01/2012 p. 1, considérant n° 7: « Pour la mise en œuvre du présent règlement, et afin d'assurer un maximum de sécurité juridique dans l'Union, il convient que les noms et autres données utiles concernant les personnes physiques ou morales, les entités et les organismes dont les fonds et les ressources économiques doivent être gelés en vertu du présent règlement soient rendus publics. Tout traitement de données à caractère personnel devrait respecter le règlement (CE) no 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, ainsi que la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ».

## §2 – Une portée étendue par la consécration d'un droit à la protection des données personnelles

Ce n'est pas parce que la protection des données personnelles ne peut, conceptuellement parlant, se penser autrement que comme une exception à la liberté de traitement, que cela signifie que cette protection est inexistante. Or, certains instruments relatifs aux données personnelles, adoptés dans des contextes et des domaines spécifiques, pouvaient laisser croire le contraire. En effet, si la protection des données personnelles s'impose dans toute sa rigueur aux personnes privées situées sur le territoire d'un État membre de l'UE et effectuant un traitement de données personnelles, tel n'est pas le cas lorsque, d'une part, il s'agit d'une personne privée opérant un traitement depuis un État tiers et, d'autre part, lorsqu'il s'agit d'une personne publique d'un État de l'Union ou d'un État tiers opérant un tel traitement à des fins de sécurité publique.

C'est la raison pour laquelle la consécration d'un tel « droit à » n'étend pas la portée des règles de la protection des données personnelles, lorsqu'elles s'appliquent à des personnes privées situées sur le territoire d'un État membre de l'UE (A). En revanche, la consécration de la protection des données personnelles dans le droit primaire de l'UE permet d'étendre la rigueur à laquelle sont soumis les traitements des personnes privées aux traitements opérés par les personnes publiques à des fins de sécurité publique (B).

### *A/ Une portée identique à l'égard des traitements effectués par des personnes privées*

Ce droit fondamental à la protection des données personnelles peut être classé sous le label de droit-créance (1). Or, un intérêt protégé par un tel droit ne l'est pas différemment d'un intérêt protégé en tant qu'élément d'un ordre public spécial (2). En termes de garanties apportées directement à la personne fichée, il n'existe donc que peu d'intérêt à isoler et mettre en lumière ce fragment du droit des données personnelles.

#### **1) Le droit à la protection des données personnelles, droit- créance**

Le seul emploi de l'expression de « droit à » suffit à lui imprimer la qualification de droit-créance, c'est à dire d'un pouvoir d'exiger et non de faire<sup>2403</sup>. Ainsi, alors qu'un « droit de » « vient consacrer un espace d'autonomie » et impliquerait pour certains auteurs l'inaction de l'État<sup>2404</sup>, le droit à, « en revanche, porte en lui d'idée d'une créance, qui permet d'exiger d'autrui un comportement ou surtout une prestation, autrui pouvant être soit l'État, soit, de manière générale, la collectivité. Il n'est plus alors question de pouvoirs d'agir mais de pouvoirs d'exiger. L'État doit alors « non pas se limiter mais au contraire organiser les rapports entre individus pour que le « droit à » soit satisfait »<sup>2405</sup>.

2403 RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 1: Les droits de l'homme, 7<sup>ème</sup> édition, 1995, p. 98, où l'auteur distingue les « droit à » et « de » par l'opposition entre pouvoir d'exiger et pouvoir de faire. PICHARD Marc, *Le droit à*, thèse, Economica, 2006, p. 8. À propos du droit à: « à signifie la promesse de la fourniture d'un bien, d'un service ou de l'abstention d'un tiers – renvoie, en somme, à l'idée de créance ».

2404 PICHARD Marc, *op. cit.*, p. 47: « Le droit de vient consacrer un espace d'autonomie de l'individu. Cet espace d'autonomie doit pouvoir être défendu contre les intrusions de tous, c'est ce sur quoi on insistera dans une optique civiliste ; il doit surtout, si on raisonne en termes de droits de l'homme ou de libertés publiques, pouvoir être protégé des incursions de l'État: le droit de consacre un pouvoir d'agir opposable à l'État ».

2405 PICHARD Marc, *op. cit.*, p. 47.

Une telle qualification se trouve largement confirmée par le contenu de ce droit à la protection des données personnelles. En effet, « le droit à s'articule autour du sujet individu ; par sa formulation s'exprime la promesse de garantir les conditions de l'autonomie de l'individu »<sup>2406</sup>. Pour que la qualification de droit créance soit confirmée à l'égard de l'objet observé, il faut donc que les dispositions en cause aient pour effet de garantir l'autonomie de la personne fichée par le biais non pas d'une action volontaire de sa part mais d'une action de l'État. L'observation du droit positif confirme cette hypothèse.

Il est en effet possible d'analyser l'intervention de l'État dans la protection des données personnelles tout d'abord comme un renfort de la volonté mal éclairée de la personne fichée. Une telle intervention se justifie par une supposition du législateur au terme de laquelle la personne fichée serait structurellement défaillante, par manque d'information, pour se protéger effectivement dans le cadre d'un traitement de données personnelles (a). Une telle intervention peut également se comprendre dans l'optique non pas de pallier l'incapacité de la personne fichée à prendre une décision éclairée, mais sa défaillance, jugée tout aussi prévisible par le législateur, dans l'utilisation de son libre-arbitre. Pour compenser un défaut d'initiative de la personne fichée dans la défense du droit considéré, est instaurée une institution – la CNIL et ses homologues - qui se substitue à la personne fichée dans la défense de ses droits (b).

a) Une garantie d'assistance de la personne fichée dans la protection de ses données personnelles

L'introduction d'un nouveau droit subjectif dans l'ordonnement juridique ne suffit pas à lui seul à en assurer l'effectivité : dans cet état, on ne pourrait parler que de « droit imparfait ». Pour qu'un droit subjectif puisse être considéré comme « parfait », des conditions doivent être réunies pour que l'usage du libre-arbitre qu'il implique puisse être effectif. Cela nécessite l'existence de garanties processuelles impliquant l'existence même d'un droit au recours<sup>2407</sup>. Mais cela implique également, pour tout droit subjectif, se manifestant par définition par l'exercice du consentement, que ce dernier soit réel et éclairé. A cet égard, le développement du consentement au sein du droit des données personnelles comme condition de licéité des traitements ne garantit pas *per se* l'existence d'un consentement éclairé. Un tel développement est alors logiquement accompagné de la mise en place d'obligations d'information à la charge du cocontractant présumé être en position structurellement dominante au sein de la relation contractuelle considérée<sup>2408</sup>.

2406 PICHARD Marc, *op. cit.*, p. 68. Pour une délimitation synthétique du rôle que peut jouer la notion pour garantir l'autonomie de la personne humaine, voir p. 80: « Le droit à répond à la finalité classique de l'institution politique du groupe: la garantie des conditions de l'autonomie. À scruter le tableau que dessinent les droits à formulés par le législateur, qui ne voit en effet qu'ils procèdent, avant tout, d'un immense appel à la sécurité: sécurité contre les agressions des tiers à l'égard de son intimité (cocon du droit au respect de sa vie privée), de son honneur (droit au respect de la présomption d'innocence) ou de son intégrité physique (droit au respect de son corps) ; sécurité matérielle, garantissant un revenu minimal, une couverture maladie, un logement, les biens de première nécessité (électricité, moyens de communication, moyens de transport) ; sécurité contre la maladie (droits du malade, droit à un environnement sain, droit à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé) ou le handicap (droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, droit à la compensation des conséquences du handicap) ; sécurité contre les risques naturels (droit à l'information sur les risques majeurs) ; sécurité contre le Léviathan lui-même, « sa part d'ombre », pour l'accès aux documents administratifs, aux règles qui gouvernent l'ensemble. La sécurité en elle-même a d'ailleurs été consacrée comme objet d'un droit à ».

2407 BARANES William et FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le souci de l'effectivité du droit », *Rec. Dalloz*, 1996, 35<sup>ème</sup> cahier, chronique, pp. 301-303.

2408 LEPAGE Agathe, « Consentement et protection des données à caractère personnel », *in Le harcèlement*

De telles dispositions relatives aux obligations d'information à la charge des auteurs de traitements de données existaient déjà sous l'empire de la loi de 1978, mais elles n'avaient pas la même signification à raison de la part résiduelle dévolue au consentement au sein de cette loi. En effet, avant l'avènement des NTIC, l'immense majorité des traitements de données personnelles était le fait de personnes publiques et se trouvait motivée par des considérations avérées d'intérêt général. Dès lors, le consentement *a priori* de la personne dont les données étaient traitées n'était que rarement requis pour légitimer un traitement déjà motivé par l'intérêt général<sup>2409</sup>. Dans ces conditions, l'obligation d'information à la charge de l'auteur d'un traitement de données personnelles s'analysait davantage comme une garantie permettant à la personne concernée de connaître l'existence ou les modalités d'un traitement le concernant et, le cas échéant, d'en contester la légalité devant le juge civil, pénal ou administratif.

La contractualisation du droit des données personnelles a entraîné, en matière de garanties contractuelles, un rapprochement supplémentaire avec le droit de la consommation<sup>2410</sup>. En effet, à l'instar du droit de la consommation, le droit de la protection des données personnelles s'est vu entouré de garanties tendant à amoindrir les effets de l'asymétrie informationnelle sur la validité du consentement<sup>2411</sup>. L'introduction de telles garanties se justifie d'autant plus que la contractualisation de la protection des données personnelles ne se traduit pas systématiquement par un acte portant exclusivement sur le consentement au traitement. Bien au contraire, dans l'immense majorité des cas, le consentement à un traitement de données personnelles s'opère par une clause insérée parmi d'autres au sein d'un contrat d'adhésion. Or, dans ce dernier type de contrats, « le consommateur donne une acceptation globale, il n'a généralement pas la possibilité de négocier. De là résulte que le contrat est souvent déséquilibré, au profit du professionnel et au détriment du consommateur »<sup>2412</sup>.

L'obligation d'information prescrite par le droit de la protection des données personnelles intègre alors le formalisme informatif<sup>2413</sup>, lequel se traduit « par l'existence, tantôt de formes particulières,

*numérique*, sous la direction de Jean-Luc GIROT, PRESAJE, Dalloz 2005, p. 238: « Il ne faut évidemment pas voir un hasard dans le fait que cette montée en puissance du consentement est accompagnée, en parallèle, d'un développement des obligations d'information ».

2409 Ainsi, l'exigence de consentement *a priori* n'apparaît-elle dans le texte originel qu'à l'article 31 relatif aux données sensibles: « Il est interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines sociales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes ».

2410 Un tel rapprochement se matérialise notamment par l'insertion d'articles traitant de questions afférentes au droit de la protection des données personnelles au sein de rubrique intitulées « droit de la consommation »: voir ainsi DAMY Gregory, « Une nécessaire protection renforcée du consommateur face au rapprochement des secteurs de la banque et de l'assurance », *LPA*, 17 novembre 2006, n° 230, pp.6-13. Il ne fait qu'accentuer une tendance générale analysée supra, première partie, titre 2, chapitre 2, d'absorption par la police administrative des données personnelles de procédés de police civile, tels que notamment mis en exergue en droit de la consommation.

2411 CATALA Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, p. 239: « Dans le domaine des informations nominatives, la loi du 6 janvier 1978 a fait franchir un pas important à la théorie juridique. Elle reconnaît aux individus des prérogatives considérables sur les données qui les concernent notamment, les droits d'accès (art. 34 et 35) et de rectification (art. 36) en particulier. La même loi ouvre aux personnes la faculté de s'opposer, pour des raisons légitimes, à leur inclusion dans un fichier nominatif (art. 26). Elle leur donne enfin le droit d'exiger des renseignements de celui qui recueille l'information (art. 27) : intéressante innovation, empruntée aux procédés de défense du consommateur, mais qui protège ici le fournisseur ».

2412 CALAIS-AULOY Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTDCiv.*, 1994, p. 245.

2413 Cette qualification n'est pertinente que si l'on adopte une analyse exclusivement centrée sur les garanties de la personne fichée. Si l'on considère ce formalisme sous l'angle de son utilité d'ensemble au régime de police

tantôt de mentions obligatoires ». L'emploi de ce dernier moyen « se constate chaque fois qu'il y a une défiance de la part du législateur à l'encontre de l'un des cocontractants »<sup>2414</sup>. L'objectif d'un tel formalisme est alors de permettre au titulaire du droit à la protection des données personnelles de donner un consentement suffisamment éclairé à un traitement<sup>2415</sup>. La tendance actuelle est même au renforcement de cette défiance, l'article 7 de la proposition de Règlement en la matière en date de janvier 2012 énonçant, dans des termes précités mais qui méritent d'être rappelés, que « le consentement ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement lorsqu'il existe un déséquilibre significatif entre la personne concernée et le responsable du traitement »<sup>2416</sup>.

Toutefois, l'obligation d'information contenue dans le droit des données va plus loin qu'en droit de la consommation en ce qu'elle ne se limite pas à une information délivrée lors de la collecte des données personnelles. A ce procédé d'information dans lequel la personne fichée est la destinataire passive, le droit des données met à sa disposition des moyens lui permettant une recherche active d'information.

Ces dispositions permettent ainsi de redoubler les sources d'information disponibles pour la personne fichée : à l'information obligatoire et préalable ou concomitante à tout traitement de données personnelles s'ajoute celle qu'elle aura été chercher volontairement en exerçant son droit d'accès<sup>2417</sup> auprès de l'auteur du traitement.

#### b) Une garantie de substitution à la personne fichée dans la protection de ses données personnelles

Certains écrits de droit international<sup>2418</sup> font état d'un « substitut » en l'absence d'une protection effective des données personnelles par le seul jeu du recours individuel de la personne fichée devant un juge. Ce terme permet de décrire l'action d'une autorité publique chargée d'agir comme le substitut des individus dans la mise en œuvre de leurs droits<sup>2419</sup>. Ce modèle se caractérise ainsi par une hétérorégulation des traitements des données personnelles et non, comme aux États-Unis, par une autorégulation par les seuls acteurs directement liés au traitement<sup>2420</sup>.

administrative spéciale des données personnelles, il faut alors le considérer comme un processus de privatisation de l'obligation de déclaration préalable pesant sur tout auteur de traitement de données personnelles (voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2).

2414 STRICKLER Yves, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 octobre 2004, n° 213, p. 8.

2415 Pour une réaffirmation de ce principe, voir BOUCHER Julien, conclusions sous CE, 30 décembre 2009, n° 206173, Sté Experian, *RJEP*, juin 2010, pp. 35-40.

2416 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final, article 7, 4.

2417 Sur le droit d'accès, voir *supra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2.

2418 La doctrine française n'étant d'ailleurs pas opposée à ce constat. Voir DESGENS-PASANAU Guillaume, *op. cit.*, p. 96: « il semble bien que les individus et les professions judiciaires soient actuellement les « parents pauvres » du mécanisme global de la régulation tant ces derniers semblent étrangers aux réflexions ou actions menées en la matière. L'absence remarquable de ces deux acteurs est, à n'en pas douter, l'une des causes majeures des difficultés parfois rencontrées dans la mise en œuvre des principes Informatique et Liberté ».

2419 Voir par exemple CNUCED, *E-commerce and development report*, 2004, p. XXVII: « While there is general consensus concerning the principles underpinning data protection laws, the Report examines three different approaches to regulation of the issue: comprehensive, sectoral and self-regulatory or co-regulatory. The first of these involves the establishment of a regulatory authority to oversee compliance with the data protection regime and operate as a surrogate for individuals in the enforcement of their rights ».

2420 Voir *supra*.

Cette substitution caractéristique du modèle européen de protection des données se justifie par l'impuissance pratique du titulaire du droit de la protection des données personnelles à assurer une protection autonome effective de la plupart de ses droits. Or, l'objet de ce consentement n'est pas anodin, en ce qu'il détermine potentiellement tant la jouissance que l'exercice de certains droits fondamentaux du contractant. Une telle impuissance explique le renforcement des garanties tant matérielles que procédurales, qui pallient la faiblesse et l'inertie du libre-arbitre de la personne fichée.

Une telle substitution se traduit par des obligations impératives concernant l'existence et les modalités des traitements de données personnelles. Ce faisceau d'obligations aussi impératives pour l'auteur d'un traitement que pour la personne qui bénéficie de la protection des données personnelles constitue la partie immatérielle de ce que certains auteurs ont pu qualifier d'« ordre public de protection individuelle »<sup>2421</sup>. Elle permet d'atteindre un équilibre auquel le libre jeu de l'autonomie de la volonté n'aurait pas spontanément, dans l'esprit du législateur, permis d'aboutir.

Se trouve ainsi prescrite en premier lieu une obligation de loyauté à la charge de l'auteur d'un traitement, obligation figurant comme une des garanties du droit de la protection des données personnelles dans l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>2422</sup>. Un traitement de données personnelles doit également être pertinent, en opportunité et en intensité. Pour le dire en des termes plus familiers en droit public, il doit être nécessaire et proportionné à la finalité qui l'implique<sup>2423</sup>. Enfin, un traitement de données personnelles doit être limité dans le temps, ce qui implique des obligations spécifiques en matière de conservation des données qui ne sont pas assimilables à un droit subjectif<sup>2424</sup>.

Les dispositions de droit objectif du droit des données personnelles interviennent également comme substitut du libre-arbitre. Dans ce cas, l'objectif est de pallier non pas l'incapacité de la personne à exercer son libre-arbitre pour prendre une décision éclairée, mais sa défaillance dans l'utilisation de ce libre-arbitre. L'existence d'un tel substitut constitue une obligation affirmée de manière différemment rigoureuse selon que l'on se place dans une perspective de droit interne ou dans une perspective de droit international. Tandis que la pérennité constitutionnelle d'un tel substitut n'est pas garantie en France, elle est au contraire nettement affirmée dans le second.

Au niveau constitutionnel, la pérennité de l'existence de garanties institutionnelles n'est pas totalement garantie en l'état actuel du droit. En 1995 déjà, le professeur Rémi Pellet se posait la « question du caractère réversible de la création de la CNIL, des fondements de son existence: serait-il possible de la supprimer purement et simplement, de réduire son rôle et son champ

2421 CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007, p. 644: l'expression désigne cette partie de l'ordre public « qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache (protection du corps humain, reconnaissance à tout être humain de la personnalité juridique, etc.) »

2422 Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 8: « 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 ».

2423 Voir *supra*, Première partie, titre 2, chapitre 2.

2424 LEPAGE Agathe, « Droit à l'oubli »: sanction de la CNIL, note sous CNIL, délib., n° 2011-238 de la formation restreinte, 12 juillet 2011, *Communication Commerce Électronique*, décembre 2011, p. 32: « Le droit à l'oubli dont il est question en matière Informatique et libertés doit être compris moins dans le sens technique d'un droit autonome et identifié comme tel, que par évocation d'un objectif, celui de la possibilité pour la personne de ne pas être prisonnière de la mémoire informatisée ». *Contra*, BOURCIER Danièle, « L'acte de juger est-il modélisable? De la logique à la justice », *APD*, Tome 54, p. 47: « Il existe depuis la loi de 1978 modifiée un droit subjectif nouveau: le « droit de ne pas être soumis à une décision automatisée » ».

d'intervention au profit le cas échéant d'une autorité autre en charge de la protection des données nominatives? »<sup>2425</sup>. Une telle question mérite légitimement d'être posée à la fois parce que l'existence même de la CNIL constitue une garantie effective de la protection des données personnelles et parce que l'histoire des AAI nous fournit un exemple de suppression d'une telle institution, alors même qu'elle protégeait des objectifs dont la valeur constitutionnelle était reconnue. Ainsi, la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse a été supprimée par la loi portant réforme du régime de la presse, abrogeant notamment la loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse. A l'occasion de sa décision 86-210 DC du 29 juillet 1986 portant sur cette loi, le Conseil constitutionnel a estimé dès le deuxième considérant de sa décision « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »<sup>2426</sup>. Dans la même décision, le Conseil constitutionnel précise que : « le fait que les dispositions nouvelles soient moins rigoureuses que les dispositions présentement en vigueur ne saurait par lui-même être constitutif d'un grief d'inconstitutionnalité »<sup>2427</sup>. Dès lors, on peut déduire de cette jurisprudence que, sur un plan strictement constitutionnel, une suppression pure et simple de la CNIL serait censurée par le Conseil constitutionnel. *A contrario*, une simple réduction de ses attributions, dans la mesure où elle ne porterait pas atteinte aux « garanties légales d'exigences constitutionnelles » et où elle s'analyserait uniquement comme un abaissement du niveau de garantie, serait très vraisemblablement validée par le Conseil constitutionnel.

En droit international, l'exigence d'une autorité de contrôle est pendant longtemps passée exclusivement par du droit mou. Ainsi, les Principes directeurs de l'ONU en la matière se contentaient d'inviter les États à « désigner l'autorité qui [...] est chargée de contrôler le respect des principes » édictés<sup>2428</sup>. Encore s'agissait-il là du texte le plus avancé en la matière jusqu'en 2001, dans la mesure où les autres normes internationales relatives au droit des données personnelles ne comportaient tout simplement aucune indication en la matière. Les lignes directrices de l'OCDE étaient à cet égard totalement muettes et le droit européen ne comportait pendant longtemps lui aussi aucune considération sur cette question, et ce tant dans le texte de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe que dans le texte de la CESDH ainsi que dans l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite par la Cour de Strasbourg.

Il a fallu attendre la signature du Protocole additionnel à la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, STE n° 181, le 8 novembre 2001, pour qu'une norme du Conseil de l'Europe impose une telle obligation aux États<sup>2429</sup>. L'article 1, 1°

2425 PELLET Rémy, « La vidéo-surveillance et l'application de la loi « informatique et libertés » (deuxième partie), *RA*, n° 285, 1995, p. 251.

2426 Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, *Journal officiel* du 30 juillet 1986, p. 9393, *Recueil*, p. 110, considérant n° 2.

2427 Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, *Journal officiel* du 30 juillet 1986, p. 9393, *Recueil*, p. 110, considérant n° 17.

2428 Principes directeurs, §8.

2429 Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des

de ce protocole dispose que: « Chaque Partie prévoit qu'une ou plusieurs autorités sont chargées de veiller au respect des mesures donnant effet, dans son droit interne, aux principes énoncés dans les chapitres II et III de la Convention et dans le présent Protocole ». Son préambule dispose, de manière explicite, que l'existence d'une telle autorité en matière de protection des données personnelles constitue un « élément de la protection effective des personnes ». Mais ce n'est véritablement qu'en droit de l'UE que l'existence d'une autorité de contrôle de la licéité des traitements de données personnelles a été posée comme une garantie incontournable du droit de la protection des données personnelles et, de ce fait, inclus dedans. L'article 8,3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre formellement cette existence en disposant, après avoir posé les grands principes du droit de la protection des données personnelles au niveau européen, que: « le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».

L'indépendance de ce substitut du libre arbitre de la personne fichée est également garantie par le droit des données personnelles. Elle se traduit par le fait que dans l'exercice de leurs attributions, les membres d'une institution de contrôle des traitements de données personnelles ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité. Une telle exigence se retrouve de prime abord en droit international. En effet, les Principes directeurs de l'ONU précisent que chaque autorité nationale de contrôle « devrait présenter des garanties d'impartialité, d'indépendance à l'égard des personnes ou organismes responsables des traitements et de leur mise en œuvre, et de compétence technique »<sup>2430</sup>. De même, le Protocole additionnel à la Convention n° 108 établit dans son article 1, 3° que: « Les autorités de contrôle exercent leurs fonctions en toute indépendance ». Cette obligation est reprise dans les instruments de l'UE<sup>2431</sup> et a été récemment sanctionnée par la CJUE<sup>2432</sup>.

Elle n'est consacrée dans l'ordre interne qu'au niveau législatif, mais de manière plus détaillée. Elle l'est d'abord dans son principe : l'indépendance est *a priori* inhérente à cette autorité dans la mesure où elle constitue une « autorité administrative indépendante »<sup>2433</sup>. Cette indépendance de

données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, STE n° 181, signé le 8 novembre 2001, en vigueur depuis le 1er juillet 2004.

2430 Principes directeurs, §8.

2431 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, article 28,1 : « Chaque État membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les États membres en application de la présente directive. Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies ». L'obligation est reprise, avec une formulation très similaire, dans l'article 25 de Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, Journal officiel n° L 350 du 30/12/2008. Voir également, de manière moins nette, le Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 008 du 12/01/2001 énonce, en son deuxième considérant, qu'« Un système à part entière de protection des données à caractère personnel impose non seulement de conférer des droits aux personnes concernées et des obligations à celles qui traitent des données à caractère personnel, mais aussi de prévoir des sanctions appropriées pour les contrevenants ainsi qu'une autorité de contrôle indépendante ».

2432 CJUE (grande chambre), 9 mars 2010, C-518/07, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne ; CJUE, gr. ch., 16 octobre 2012, *Commission c/ Autriche*, aff. 614/10, Recueil numérique ; CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-288/12, non encore publié.

2433 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 11 : « La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante ». Il convient toutefois de nuancer en rappelant qu'il n'existe pas de concept juridique d'AAI validé par le droit positif : voir *supra*, introduction, et le rapport précité du Conseil d'État, *Considérations générales sur les AAI* : EDCE, n° 52, Rapport public 2001, La Documentation française, 2001.

principe explique que soit garantie la non révocabilité des membres d'une AAI, par dérogation aux règles de droit commun de la fonction publique<sup>2434</sup>. Elle justifie également l'absence de contrôle financier *a priori*, celle-ci n'étant soumise qu'à un contrôle *a posteriori* de la Cour des comptes<sup>2435</sup>.

Elle l'est ensuite et surtout dans ses modalités. L'indépendance organique et fonctionnelle de ses membres est assurée : la première par l'éclatement des autorités chargées de désigner les membres de la CNIL<sup>2436</sup> et par l'édiction d'un régime d'incompatibilités<sup>2437</sup>, la seconde par une explicitation de l'indépendance des membres de cette autorité qui peut être législative<sup>2438</sup> ou jurisprudentielle. Ainsi, de manière générale, le Conseil d'État a considéré que lorsque le Président d'une autorité administrative indépendante, en l'espèce l'autorité de la concurrence, atteint la limite d'âge de son grade dans son corps d'origine, il ne peut néanmoins être mis fin à son mandat de président de cette autorité<sup>2439</sup>. Cette jurisprudence converge avec celle retenue par la CJUE, au terme de laquelle « L'exigence d'indépendance figurant à l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46 doit, dès lors, nécessairement être interprétée comme incluant l'obligation de respecter la durée du mandat des autorités de contrôle jusqu'à son échéance et de n'y mettre fin de manière anticipée que dans le respect des règles et des garanties de la législation applicable »<sup>2440</sup>. Par ailleurs, la CJUE a également considéré dans sa décision *Commission c/ Allemagne* que la soumission des autorités de contrôle et de surveillance en matière de données personnelles à la tutelle étatique heurte l'exigence d'indépendance dans l'exercice de leurs missions et, par conséquent, constitue une transposition erronée de la directive 95/46<sup>2441</sup>. L'avocat

2434 CE, Ass. 7 juillet 1989, *Ordonneau*, Rec. p. 161 : « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi susvisée du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, "la commission de la concurrence est composée: d'un président nommé par décret pour une durée de six ans, choisi parmi les membres du Conseil d'État et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire ( ...)" ; que par cette disposition, dont les travaux préparatoires éclairent la portée, le législateur a entendu garantir l'indépendance et l'autorité du président de la commission de la concurrence en donnant à ses fonctions une durée fixe, et permettre ainsi de déroger, le cas échéant, aux règles statutaires relatives à l'application des limites d'âge dans le cas de détachement telles qu'elles résultent des dispositions de l'article 5 du décret du 25 septembre 1936 pris pour l'application de l'article 1er de la loi du 18 août 1936 concernant les mises à la retraite par ancienneté ; qu'il suit de là que, lorsque le président de la commission de la concurrence atteint dans son corps d'origine la limite d'âge de son grade, et cesse par là-même d'appartenir à ce corps, il doit néanmoins conserver ses fonctions jusqu'à l'expiration de la durée de six ans prévue à l'article 2 précité de la loi du 19 juillet 1977 ».

2435 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 12 : « La Commission nationale de l'informatique et des libertés dispose des crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative au contrôle financier ne sont pas applicables à leur gestion. Les comptes de la commission sont présentés au contrôle de la Cour des comptes ».

2436 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 11, I : « La Commission nationale de l'informatique et des libertés est composée de dix-sept membres : 1° Deux députés et deux sénateurs, désignés respectivement par l'Assemblée nationale et par le Sénat ; 2° Deux membres du Conseil économique et social, élus par cette assemblée ; 3° Deux membres ou anciens membres du Conseil d'État, d'un grade au moins égal à celui de conseiller, élus par l'assemblée générale du Conseil d'État ; 4° Deux membres ou anciens membres de la Cour de cassation, d'un grade au moins égal à celui de conseiller, élus par l'assemblée générale de la Cour de cassation ; 5° Deux membres ou anciens membres de la Cour des comptes, d'un grade au moins égal à celui de conseiller maître, élus par l'assemblée générale de la Cour des comptes ; 6° Trois personnalités qualifiées pour leur connaissance de l'informatique ou des questions touchant aux libertés individuelles, nommées par décret ; 7° Deux personnalités qualifiées pour leur connaissance de l'informatique, désignées respectivement par le Président de l'Assemblée nationale et par le Président du Sénat ».

2437 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 14.

2438 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 21, alinéa 1 : « Dans l'exercice de leurs attributions, les membres de la commission ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité ».

2439 CE, Ass. 7 juillet 1989, *Ordonneau*, Rec. p. 161.

2440 CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-288/12, non encore publié, §55.

2441 CJUE, gr. ch., 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, Rec. 2010, p. I-01885, §37.

général admettait toutefois dans cette affaire qu'il n'était guère aisé de donner un contenu à l'expression « en toute indépendance » (directive n° 95/46, art. 28) tant elle est imprécise. Enfin, cette même Cour a précisé le sens de cette expression dans sa décision *Commission c/ Autriche* en considérant d'une part qu'elle n'impliquait pas l'existence d'une ligne budgétaire autonome au bénéfice des autorités de contrôle des traitements de données personnelles<sup>2442</sup> et, d'autre part, qu'elle impliquait que l'administrateur de cet organisme ne soit pas fonctionnaire assujéti à une tutelle de service, que les bureaux de cet organisme ne soient pas intégrés dans les services mêmes d'une administration centrale et qu'aucune autorité ne puisse disposer, comme c'était le cas en l'espèce, d'un droit inconditionnel à l'information sur tous les aspects de la gestion de cette autorité de contrôle<sup>2443</sup>.

## 2) Une qualification peu utile pour désigner un élément d'un ordre public spécial

Le droit à la protection des données personnelles constitue un droit créance imposant plus d'obligations qu'il ne crée de droits subjectifs, impliquant par conséquent une intervention de l'État pour protéger cet intérêt. Or, un tel résultat ne diffère en rien de celui obtenu sous l'emprise des instruments de police des données personnelles. L'intérêt attaché à la protection de la personne fichée n'est pas garanti différemment lorsqu'il ne constitue qu'un élément de l'ordre public spécial des données personnelles car, dans les deux cas, une telle protection est tout aussi relative qu'impérative.

En effet, avec l'avènement des droits créances et des « droits à », la faculté politique pour l'État de corriger les effets pervers d'un régime général de liberté est devenue une obligation imposée pour le respect des droits de la personne humaine. Cela signifie concrètement que dans certains domaines spécifiques, l'État se trouve soumis à une double obligation : d'une part, protéger les valeurs nécessaires à la vie en société, y incluant naturellement les droits fondamentaux qui en constituent le socle théorique et, d'autre part, garantir l'exercice de la liberté la plus large possible. Cette double obligation peut se traduire en droit positif français de manière alternative ou cumulative par la mise en place d'un régime de police administrative spéciale ou d'un régime de droit-créance. Seul change véritablement l'appellation des intérêts protégés ainsi que ses modalités, mais pas le fond du droit.

A cet égard, il existe une identité dans la fonction de protection de certains intérêts d'une part au sein de la notion d'ordre public, d'autre part au sein de celle de droit fondamental : les deux se rejoignent dans la protection impérative d'intérêts similaires. Une opinion oppose parfois les deux notions d'ordre public et de droits fondamentaux. La réalité est plus nuancée. L'emploi de la notion d'ordre public pour désigner des dispositions protégeant les droits et libertés fondamentaux de la personne physique n'est pas incompatible avec la qualification de ces mêmes dispositions de droit fondamental. Bien au contraire, il apparaît dans la pratique que « les deux concepts d'ordre public et de droits fondamentaux apparaissent étroitement et singulièrement associés »<sup>2444</sup>. Cette compatibilité découle tant du contenu que de la fonction de la notion d'ordre public dans l'ordre interne.

Dans l'ordre interne, la notion d'ordre public comporte certains principes ou certains droits

2442 CJUE, gr. ch., 16 octobre 2012, *Commission c/ Autriche*, aff. 614/10, Recueil numérique, §58.

2443 CJUE, gr. ch., 16 octobre 2012, *Commission c/ Autriche*, aff. 614/10, Recueil numérique, §66.

2444 PICARD Étienne, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux* : actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, p. 39.

susceptibles d'être qualifiés *per se* de droit fondamental. En effet, « l'ordre public comporte au total des exigences de différentes natures, sinon contradictoires: à considérer la jurisprudence la plus connue, il inclut d'abord des éléments qui paraissent à première vue essentiellement restrictifs des droits et des libertés (comme la sûreté, par exemple), tandis qu'il en comprend d'autres qui apparaissent autant restrictifs que protecteurs de ces droits (la sécurité des personnes et des biens par exemple). Il advient même que des droits véritables ou, à tout le moins, des principes garantissant ou même fondant des droits, soient présentés par le juge, de façon directe, comme des éléments constitutifs de l'ordre public »<sup>2445</sup>. Le contenu respectif de ces deux notions peut alors se recouper dans la mesure où ils ont tous deux vocation à protéger des valeurs. Il en va ainsi de la sécurité, garantie à la fois comme un droit fondamental indirectement<sup>2446</sup> et directement<sup>2447</sup>, mais également comme une composante de l'ordre public<sup>2448</sup>. Le recoupement du contenu des deux notions peut confiner jusqu'à la remise en cause de leur distinction dans le cadre de l'article 28 de la DUDH du décembre 1948, qui consacre un véritable « droit à l'ordre public »<sup>2449</sup>, en énonçant que « toute personne a un droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncées dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ». La seule différence est alors que l'ordre public adopte une vision de l'intérêt social quand la notion de droit fondamental est centrée sur l'intérêt privé. Il n'en demeure pas moins qu'il contribue ainsi directement à la protection de certains droits et libertés fondamentales<sup>2450</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, pour le Conseil constitutionnel, la prévention des atteintes à l'ordre public est « nécessaire à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »<sup>2451</sup>.

Dans cette fonction de protection des droits et libertés fondamentales, le recours à l'ordre public a pour but de garantir leurs conditions de jouissance minimale. Il intervient pour maintenir un état dans lequel l'exercice des droits et libertés fondamentales peut être mis en œuvre par leur titulaire de manière réaliste et plausible. Il commande ainsi la réalisation d'un niveau minimal de protection de l'intégrité physique des personnes humaines<sup>2452</sup> et, de manière générale, de paix sociale<sup>2453</sup>. Ce faisant, il contribue à défendre l'effectivité du libre-arbitre de la personne humaine reconnue *via* la notion de dignité. Une telle défense de la réalité de l'autonomie de la volonté trouve une expression spécifique dans ce que le Professeur Marie-Caroline Vincent-Legoux désigne par le terme d'ordre public de protection en matière contractuelle<sup>2454</sup>. L'intervention de ce dernier

2445 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 19.

2446 Via la notion générale de sûreté garantie à l'article 2 de la DDHC.

2447 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995, article 1<sup>er</sup>: « la sécurité est un droit fondamental, condition de l'exercice des libertés »

2448 CC n° 80-127, DC 19-20 janvier 1981, *Rec.*, p. 15: « Position annoncée par Conseil constitutionnel : « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ».

2449 PICARD Étienne *op. cit.*, p. 31.

2450 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Droits et libertés fondamentaux*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2010, p. 183: « Il n'est pas rare désormais que l'ordre public soit présenté comme un instrument de réalisation de certains droits et libertés fondamentaux ».

2451 L'auteur prend ainsi l'exemple d'une formule régulièrement employée par le Conseil constitutionnel: CC, n° 2007-553 DC, 3 mars 2007, Loi relative à la prévention de la délinquance, *Rec.*, p. 93.

2452 BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 418: « l'absence de menaces sur la vie, l'intégrité physique et les biens d'un individu ou de ses proches constitue le minimum de sécurité permettant de développer une libre activité. Au dessous de ce seuil, l'exercice de toutes les libertés est radicalement impossible ».

2453 LEBRETON Gilles, « Ordre public », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, octobre 2008, p. 719: « Son objectif n'est en effet pas de limiter les libertés, mais de préserver la paix sociale afin de les rendre effectives ».

2454 VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *L'ordre public, Étude de droit interne comparé*, thèse, PUF, 2001, p. 202: « Les

au sein d'une relation contractuelle « prend en compte la situation concrète des parties et cherche à remédier à une situation de faiblesse qui compromet l'exercice de la liberté »<sup>2455</sup>. Il se traduit par des obligations d'information, des interdictions d'action et des obligations de faire pour la puissance publique.

Ce recoupement est accru lorsque l'on considère la dimension objective de certains droits fondamentaux. Les deux notions présentent alors la même impérativité.

Cette dernière est consubstantielle à la notion d'ordre public, notamment au travers du terme d'ordre. Elle se manifeste par une limitation des libertés et par le recours corrélatif au droit objectif. Ce terme « veut dire que l'exigence d'ordre public considérée va s'imposer en dépit, à la place ou à l'encontre d'une autre norme, volonté, principe ou règle qui, à défaut de l'exigence de l'ordre public considérée, se serait normalement imposée »<sup>2456</sup>.

L'impérativité de la notion de droit fondamental ne jouit pas *a priori* de la même évidence. Par principe même, dans un système de protection des droits fondamentaux surdéterminé par l'idée de liberté, une première intuition voudrait que ces droits fondamentaux ne fassent l'objet que d'une protection exercée par son titulaire au moyen de droits subjectifs. Or, l'idée de fondamentalité s'oppose à une telle option. En effet, elle suppose que ces droits et la conception de la personne humaine qu'ils véhiculent sont à la base, au fondement de la société<sup>2457</sup>. Les droits fondamentaux défendent donc aussi bien un intérêt privé qu'un intérêt social, reconnu nécessaire à la vie en société. Leur appliquer la distinction établie par Josserand entre les « droits égoïstes » et les « droits-fonction » n'est donc pas *a priori* dénué de toute pertinence. En effet, cette théorie postule que chaque droit reconnu à la personne a pour but la protection d'un intérêt propre mais également, au delà, la protection d'un intérêt social<sup>2458</sup>.

La structure des droits fondamentaux obéit à cette distinction duale. Cela se traduit par la canalisation, d'une part, de la portion « égoïste » des droits fondamentaux dans les rails du droit subjectif et, d'autre part, par l'objectivation des dispositions ayant une fonction sociale. Il existe ainsi une dimension subjective et objective en chaque droit fondamental. La première figure l'intérêt privé de son titulaire, la seconde l'intérêt général qui s'attache à la préservation de ce droit<sup>2459</sup>. Cette dimension objective s'illustre « par le devoir général qui pèse sur l'État de garantir

règles d'ordre public de protection ont pour finalité un intérêt public catégoriel : l'exercice effectif de l'autonomie de la volonté des personnes placées dans une situation de faiblesse, qui est censé conditionner la justice commutative, c'est-à-dire l'équilibre des contrats ».

2455 VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *op. cit.*, p. 201. Voir également p. 232: « En définitive, l'ordre public de protection tend à assurer l'exercice effectif de la liberté de créer du droit, suivant en cela les enseignements de Hegel selon lesquels la règle de droit doit être à la fois abstraite et concrète. Il lutte contre les contraintes de fait (un manque de discernement ou de réflexion, une erreur, une crainte, un besoin vital, une infériorité de puissance économique) susceptibles d'entraver trois facultés auxquelles il est attaché : la faculté d'apprécier un projet d'acte juridique, la faculté de ne pas l'accepter et celle de discuter un projet de contrat déséquilibré ».

2456 PICARD Étienne, *op. cit.*, p. 54.

2457 CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *Rec. Dalloz*, 1995, p. 325 : « Les droits ou principes fondamentaux sont, selon cette conception, ceux sans lesquels un système juridique, un sous système ou un élément du système perdrait non seulement sa cohérence, son mode de fonctionnement mais surtout son existence spécifique, son identité. (...). Est donc, au sens propre, appelé fondamental ce qui est au fondement d'un système ou d'une organisation, ce qui est constituant, ce sur quoi tout est édifié et de quoi tout est dérivé ».

2458 JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1939. Pour un constat – certes daté, quant à la relativité de l'application de sa théorie en droit civil, voir PIROVANO Antoine, *La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de Josserand*, Rec. Dalloz Sirey, 1972, Chron., pp. 67-70.

2459 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Droits et libertés fondamentaux*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2010, p. 45. Voir spécialement p. 48, à propos de cette dimension objective des droits et libertés: « La fondamentalité ne renvoie pas seulement

*l'exercice des droits et libertés fondamentaux* »<sup>2460</sup>. Ces deux dimensions, objective et subjective, sont complémentaires dans la poursuite de l'objectif à atteindre. Ainsi, « il faut se garder d'avoir une vision antagonique de la distinction entre motifs d'intérêts général et motifs liés à la protection des droits de l'individu. Ils ne sont souvent que les deux faces d'une même exigence »<sup>2461</sup>. La division entre dimension subjective et dimension objective des droits et libertés fondamentales ne constitue alors qu'une illustration, dans un domaine spécifique, de la complémentarité entre droit subjectif et droit objectif<sup>2462</sup>.

Cette bipartition de chaque droit fondamental se trouve affirmée de longue date dans d'autres ordres juridiques comme en Allemagne<sup>2463</sup>. A l'inverse, « le double caractère des droits fondamentaux ne se retrouve pas en France »<sup>2464</sup>. Plus précisément, il prend forme de manière plus discrète avec la structuration composite de chaque droit ou liberté fondamentale entre une part « égoïste » exprimée par un droit subjectif, et une part « sociale » exprimée par trois concepts distincts en droit objectif. Cette réalité est ainsi palpable au sein de la notion de droit créance, que l'on retrouve pour l'essentiel en droit constitutionnel<sup>2465</sup>. Elle se laisse observer, de manière plus explicite, au sein de la notion d'obligation positive. Enfin, elle se retrouve plus rarement dans la notion de droit « irrenonçable » ou « intangible »<sup>2466</sup>.

aux attributs d'un droit subjectif. Elle permet aussi de mettre en valeur la dimension objectif des droits et libertés fondamentaux. Les droits et libertés sont fondamentaux en tant qu'ils traduisent dans le champ juridique les valeurs reconnues comme essentielles dans une société donnée. Ils sont donc fondateurs au sens strict du terme ».

2460 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *op. cit.*, p. 49.

2461 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *op. cit.*, pp. 186-187.

2462 GERARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Droit et intérêt, volume 2, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 24: « Le droit subjectif dessine ainsi le champ à l'intérieur duquel s'exerce sans entraves l'emprise de la volonté. Quant au droit objectif, son rôle consiste à travers les frontières entre les espaces de maîtrise exclusive dans le double but de les garantir et de les contenir ». Pour une présentation synthétique des enjeux sur la question, voir MARIA Ingrid, De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits, *JCP/La Semaine Juridique –Edition générale*, n° 23-24, 3 juin 2009, I 149, p. 17-21.

2463 La dimension objective des droits et libertés fondamentales est ainsi reconnue dans l'ordre juridique allemand par la Cour constitutionnelle: BerfGE 7, 198, 15 janvier 1958, Lüth, Rec. p.205: « La Loi fondamentale, qui n'entend pas être un ordre axiologiquement neutre, a également mis en place dans son titre relatifs aux droits fondamentaux un ordre objectif de valeurs ». MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit constitutionnel et de science politique, Tome 112, 2003, p.231: « La doctrine constitutionnelle allemande reconnaît, à l'unanimité semble-t-il, l'existence d'un double caractère (Doppelcharakter) des droits fondamentaux. Ces droits sont ainsi à la fois des droits subjectifs et des droits objectifs ».

2464 MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit constitutionnel et de science politique, Tome 112, 2003, p.231.

2465 Le Conseil constitutionnel a ainsi pu insister sur les obligations des autorités publiques inhérentes à l'effectivité de certains droits et principes constitutionnels: CC, n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, Rec., p. 50: « Qu'il incombe au législateur (...) de poser des règles propres à assurer, conformément au cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre » ; CC, n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, Rec., p. 33: il appartient au législateur comme à l'autorité réglementaire « de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par » l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 qui garantit à tous la protection de la santé. Sur la question, voir GAY Laurence, *Les droits-créances constitutionnels*, Bruylant, 2008.

2466 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *op. cit.*, p. 200: « Aucun texte ne détermine une liste de droits et libertés fondamentaux « irrenonçables ». Pour autant, leur existence n'est pas douteuse. Elle se justifie par le souci de préserver un intérêt public important qui transcende la personne du titulaire du droit ou de la liberté. Elle est également une illustration de la dimension objective des droits et libertés fondamentaux ».

Dans cette fonction, les droits et libertés fondamentales ont une valeur impérative sous la forme de droit créance ou d'obligation positive pour les mêmes motifs. En effet, le « souci d'effectivité du droit » ne se réduit pas, loin s'en faut, à la protection des droits subjectifs d'action par des garanties juridictionnelles efficaces<sup>2467</sup>. Il peut commander une substitution d'action au titulaire du droit ou de la liberté considérée dans le but d'assurer son effectivité. A cet égard, la protection de la dignité de la personne humaine constitue un exemple emblématique, qui peut être indifféremment assurée par le recours à la notion d'ordre public ou par celle de droit ou de liberté fondamentale.

Ces considérations expliquent ainsi que le droit relatif aux données personnelles, dans ses dispositions relatives à leur protection, ait pu connaître une telle consécration dans la jurisprudence de la CEDH, non pas uniquement à raison de leur rôle dans la protection effective de la vie privée de la personne, mais davantage à raison de la fonction sociale de ce droit: la protection d'une sphère de liberté individuelle nécessaire à l'existence d'un régime démocratique<sup>2468</sup>. Révélateur d'une telle conception est le propos de l'ancien président de la CNIL, Michel Gentot, qui estime que le fait que la loi dite « informatique et libertés » ait cantonné dans un rôle marginal le consentement de la personne « signifie sans doute qu'en adoptant la loi de 1978, le législateur a pensé que le traitement de nos données personnelles excédait très largement le seul registre de la protection de la vie privée et touchait aux fondements mêmes de l'État de droit. Le citoyen ne peut pas « consentir » à un amoindrissement des garanties qui lui sont reconnues par l'État de droit, c'est à dire par le contrat social qui le fonde »<sup>2469</sup>. Le recours à la notion d'ordre public ou de dimension objective d'un droit fondamental permet ainsi de relier les considérations doctrinales, équivalentes dans les effets qu'elles décrivent mais formulées en termes spécifiques, intervenues en matière de droit des données personnelles, avec les concepts du droit commun<sup>2470</sup>. Un tel partage entre dimension subjective et objective du droit à la protection des données personnelles a d'ailleurs été explicitement mis en évidence par la Cour constitutionnelle allemande, dans son arrêt précité du 15 décembre 1983 relatif à la constitutionnalité du recensement de la population, dans laquelle cette juridiction considère que « si l'individu ne sait pas si un comportement déviant est remarqué et enregistré de façon permanente en tant qu'information, il essaiera de ne pas attirer l'attention sur un tel comportement. S'il craint que la participation à une assemblée ou à une initiative des citoyens soit officiellement enregistrée et qu'il coure personnellement des risques en raison de cette participation, il renoncera probablement à l'exercice de ses droits. Ceci n'a pas seulement un impact sur ses chances de se développer, le Bien être commun (« *Gemeinwohl* ») en est aussi affecté car l'autodétermination est une condition élémentaire fonctionnelle dans une société démocratique libre, basée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer »<sup>2471</sup>. La fonction

2467 BARANES William et FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le souci de l'effectivité du droit », *Rec. Dalloz*, 1996, 35<sup>ème</sup> cahier, chronique, pp. 301-303.

2468 Voir *supra*, Titre précédent.

2469 GENTOT Michel, « La protection des données personnelles à la croisée des chemins », in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, PUF, 2000., p. 31.

2470 De manière générale, voir *supra*, chapitre précédent, spécialement BURKERT Herbert, Dualities of Privacy – An introduction to « Personal data Protection and Fundamental Rights », in PEREZ, PALAZZI, POULLET, « Privacy – new visions », Cahier du Crid n° 31, 2008, p. 21: « in short, we are no longer only talking about those rights which traditionally have been related to a person, her or his dignity and identity but we are dealing with all social engagements people might undertake in a social, economic, political and cultural community. What, in my view, could be summarized from the observations of the authors as indeed a « fundamentally fundamental right », a right fundamental to use of fundamental rights in an Information Society ».

2471 Cour constitutionnelle allemande, décision du 15 décembre 1983 précitée, traduction extraite de POULLET Yves

sociale de la protection de la vie privée est donc d'éviter sur un plan politique le passage d'un régime réellement démocratique à un état totalitaire. Ce résultat est tout aussi bien atteint, sinon mieux<sup>2472</sup>, par le respect du droit objectif de la protection des données personnelles.

Au delà d'un simple recoupement entre les notions de droit fondamental et d'ordre public, il est possible d'observer une certaine indifférenciation quant à leur fonction commune de protection impérative de valeurs. Les deux notions se rejoignent alors sur le thème de l'effectivité de la protection de droits ou de libertés fondamentales.

La rencontre entre ces deux notions s'effectue en droit positif sur le terrain des faits ou des actes juridiques susceptibles de recevoir indifféremment l'une ou l'autre de ces qualifications, selon que le point de vue de départ est celui de la préservation des intérêts de l'individu ou de la société. Ce phénomène de recoupement s'observe aussi bien entre l'ordre public et la notion de droit créance qu'avec la notion d'obligation positive. Ainsi, « la protection de la santé est l'objet d'un droit fondamental, mais aussi une exigence d'intérêt général et d'ordre public susceptible de justifier des restrictions à l'exercice de certaines libertés »<sup>2473</sup>. Il en va de même pour la protection de la dignité de la personne humaine<sup>2474</sup>. De manière générale, une nuisance sonore avérée peut engager indifféremment la responsabilité de l'État soit sur le terrain de la carence de l'autorité de police à prendre des mesures de protection de l'ordre public<sup>2475</sup>, soit sur le terrain de la violation de l'obligation positive attachée au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDH<sup>2476</sup>.

Enfin, une telle indifférenciation culmine dans la notion d'« ordre public de protection individuelle », c'est à dire « celui qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache (protection du corps humain, reconnaissance à tout être humain de la personnalité juridique, etc.) »<sup>2477</sup>. L'expression apparaît pour la première fois à notre connaissance sous la plume du commissaire de gouvernement Heers, dans ses conclusions sous l'affaire Senanayake<sup>2478</sup>. Elle est reprise et explicitée par le professeur Gilles Armand, qui établit de manière claire et précise sa jonction avec la dimension objective des droits et libertés fondamentales au travers de l'exemple de la protection de la dignité de la personne humaine<sup>2479</sup>.

et ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 175.

2472 Voir *supra*, titre précédent, chapitre 2.

2473 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *op. cit.*, pp. 186-187. Exemple pour la santé : CC, n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rec., p. 11.

2474 DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *op. cit.*, p. 187: « La même remarque s'impose au sujet de la protection de la dignité de la personne humaine qui se présente également, selon les circonstances, comme un droit fondamental (Soc., 25 février 2003, Bull. V n° 66) ou comme une composante de l'ordre public (CE Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Rec., p. 372) ».

2475 CE, 28 septembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. p. 464. Pour une vision globale du phénomène, voir MELLERAY Fabrice, l'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales, *AJDA*, 17 janvier 2005, p. 71-76.

2476 CEDH 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c/ Espagne*, n° 4143/02.

2477 CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007, p. 644.

2478 HEERS Mireille, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », Conclusions sur CAA Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake (2 espèces), *RFDA*, 1998, p. 1236.

2479 ARMAND Gilles, « L'ordre public de protection individuelle », *RRJ*, 2004-3, p. 1589-1590: « Surtout, la dimension objective qui est reconnue à la dignité et à la vie humaines ne saurait avoir pour effet de rabaisser l'homme au rang d'objet de droit.

Tel ne peut être le cas lorsque cette protection objective est utilisée uniquement comme substitut ou complément à la garantie subjective. *Partout en effet où il n'y a pas ou pas assez de droits subjectifs, le droit objectif est utile et présente peu de dangers. Dans le cadre du passage des libertés publiques aux droits fondamentaux, marquant une transformation du rôle de l'État qui n'en est plus le frein mais en devient le moteur et le promoteur, le droit positif contient de nombreuses illustrations de cette complémentarité entre conceptions*

## *B/ Une impérativité étendue aux traitements de données personnelles effectués à des fins de sécurité publique par les personnes publiques*

Si la reconnaissance d'un « droit à » n'a parfois pas d'implications autres que rhétoriques<sup>2480</sup>, tel n'est manifestement pas le cas concernant le droit à la protection des données personnelles. L'intérêt essentiel de la consécration de ce droit fondamental dans le droit primaire de l'Union européenne est d'assurer l'effectivité de la réglementation de l'activité de traitement des données personnelles, y compris lorsque ces traitements sont employés pour des finalités justifiant habituellement une certaine souplesse. En effet, le législateur tant interne que de l'UE avait pu avoir une conception trop souple des obligations pesant sur les personnes publiques dans certains domaines. Or, ce sont précisément ces domaines qui recèlent le potentiel le plus liberticide à raison de leur ampleur et de la sensibilité des données pouvant être traitées.

La consécration d'un droit fondamental à la protection des données personnelles dans le droit primaire de l'Union est d'un apport décisif. En effet, d'une part, ce droit fondamental n'a pas d'équivalent dans le texte de la CESDH pas plus que dans la jurisprudence de la CEDH, ce dont témoignent les explications adjointes à la Charte, qui établissent clairement l'autonomie de cette protection<sup>2481</sup>. Mais surtout, d'autre part, l'article 8 de la Charte et l'article 16 du TFUE constituent du droit primaire, permettant ainsi au juge de l'Union de disposer d'un instrument à l'aune duquel il peut examiner la compatibilité de l'intégralité des actes de droit dérivé en matière de données personnelles. Or, cela n'est pas sans avoir des conséquences importantes dont l'étendue ne peut pour l'heure être clairement définie.

Ces conséquences sont déjà importantes au regard de l'usage qui en a déjà été fait dans la décision *Digital Rights*. Le cœur du problème résidait non pas dans le constat de l'atteinte causé par cette directive aux droits et libertés de la personne fichée, mais celui de sa proportionnalité. En

*subjective et objective. Ainsi, en l'absence d'un droit subjectif au logement, la dignité de la personne humaine constitue le fondement d'une obligation objective pour l'État d'assurer à toute personne la possibilité de disposer d'un logement décent. De même, peut-on envisager qu'en tant que membres de la famille humaine, les morts ou une communauté de personnes vivantes soient protégés par une dignité objective, alors qu'ils seraient inaptes, faute de personnalité juridique, à revendiquer la jouissance d'un quelconque droit faute de personnalité juridique, à revendiquer la quelconque jouissance d'un droit subjectif. Utile hors droit subjectif, la dimension objective l'est également dans l'hypothèse où elle vient renforcer des droits subjectifs existants. Les obligations négatives et verticales, topiques du régime des libertés publiques, sont alors complétées par des obligations positives de protection des droits fondamentaux pesant sur l'État, y compris dans les relations horizontales entre personnes privées. Le droit constitutionnel allemand ainsi que celui de la Convention européenne des droits de l'homme sont accoutumés à ces garanties objectives d'un droit subjectif, mises en œuvre d'ailleurs pour tous les droits et libertés ».*

2480 PICHARD Marc, *Le droit à*, thèse, Economica, 2006, p. 31 : « le terme rhétorique doit être réservé aux seuls cas dans lesquels il n'y a en la matière qu'une figure de style, exclusive de tout contenu juridique ou politique spécifique. Si l'on use alors de la formule droit à, c'est uniquement parce qu'elle frappe les esprits, parce qu'elle séduit (...). Ces droits à rhétoriques se distinguent des droits à originaux en ce qu'ils sont les expressions, les dérivés, d'un principe autre – liberté, égalité ».

2481 PRIOLLAUD François-Xavier et SIRITZKY David, *Le traité de Lisbonne. Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, La documentation Française, 2008. Les explications relatives à l'article 52 de cette Charte sur la portée et l'interprétation des droits et principes qu'elle énonce établissent précisément la référence faite par certains de ses articles à certains articles de la CESDH, tels qu'interprétés par la CEDH. Ainsi, à titre d'exemple, « l'article 7 correspond à l'article 8 de la CEDH » (p. 481). Mais il n'existe aucun équivalent reconnu au droit à la protection des données personnelles dans la CESDH ni dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

effet, cette directive, adoptée sur la base de l'ex article 95 TCE, avait pour fondement la poursuite du Marché intérieur par l'harmonisation des conditions et modalités de conservation des données dites de trafic, c'est à dire les données techniques, par les fournisseurs d'accès à internet et les opérateurs de téléphonie mobile. Interrogée par les Cours suprêmes irlandaises et autrichiennes sur la compatibilité de cette directive avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, la CJUE a considéré que la directive 2006/24 portait aux articles 7 et 8 de cette Charte une atteinte manifestement disproportionnée et, en conséquence, a déclaré cette directive invalide.

Si la Cour a considéré que l'atteinte portée aux droits précités était nécessaire au regard de la finalité d'intérêt général poursuivie, à savoir « contribuer à la lutte contre la criminalité grave et ainsi, en fin de compte, à la sécurité publique »<sup>2482</sup>, elle a jugé que l'atteinte portée aux droits précités était disproportionnée pour trois motifs essentiels.

Elle relève en premier lieu « l'absence générale de limites » posées par cette directive à la collecte et à la conservation de données personnelles<sup>2483</sup>. Cette directive 2006/24 dite « conservation des données » « couvre de manière généralisée toute personne et tous les moyens de communication électronique ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans qu'aucune différenciation, limitation ni exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves »<sup>2484</sup>.

La Cour considère en second lieu que constitue un motif supplémentaire d'invalidité le fait pour cette directive de ne prévoir « aucun critère objectif permettant de délimiter l'accès des autorités nationales compétentes aux données et leur utilisation ultérieure »<sup>2485</sup>. Elle déduit de ces deux premiers motifs que « cette directive comporte une ingérence dans ces droits fondamentaux d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire »<sup>2486</sup>.

Enfin, la Cour a considéré que le fait que cette directive « n'impose pas que les données en cause soient conservées sur le territoire de l'Union » aboutit à ce « qu'il ne saurait être considéré qu'est pleinement garanti le contrôle par une autorité indépendante, explicitement exigé par l'article 8, paragraphe 3, de la Charte, du respect des exigences de protection et de sécurité, telles que visées aux deux points précédents. Or, un tel contrôle, effectué sur la base du droit de l'Union, constitue un élément essentiel du respect de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel »<sup>2487</sup>.

Pour ses commentateurs, cette décision *Digital Rights* revêt un « intérêt fondamental »<sup>2488</sup>, voire constitue une « onde de choc »<sup>2489</sup>, pour plusieurs raisons<sup>2490</sup>, tant pour le droit des données

2482 CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié, §41.

2483 *Ibid.*, §60.

2484 *Ibid.*, §57.

2485 *Ibid.*, §60.

2486 *Ibid.*, §65.

2487 *Ibid.*, §68.

2488 JACQUÉ Jean-Paul, « Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice », *RTDE*, avril-juin 2014, p. 286.

2489 CASTETS-RENARD Céline, « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles », *Rec. Dalloz*, 26 juin 2014, n° 23, p. 1355. Voir également AUBERT Michel, BROUSSY Emmanuelle, CASSAGNABERE Hervé, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, 2014, n° 20, pp. 1149, pour une analyse convergente. Voir enfin SIMON Denys, « La révolution numérique du juge de l'Union : les premiers pas de la cybercitoyenneté », *Europe*, juillet 2014, pp. 4-9.

2490 Une de ces raisons ne sera pas développée, simplement évoquée, s'agissant de la parcimonie de l'emploi par la Cour de la jurisprudence de la CEDH. En effet, « il est intéressant de noter que, dans la mesure où le droit concerné, la protection de la vie privée, était identique à un droit protégé par la Convention européenne,

personnelles que pour le droit en général. A cet égard, il convient de souligner le rôle pionnier du premier par rapport au second, à raison de sa technicité et de l'actualité des questions qu'il soulève. En effet, *Digital Rights* est une décision importante car il s'agit tout d'abord de la première invalidation totale d'un acte de droit dérivé pour non respect de la Charte<sup>2491</sup>, étant rappelé que la première invalidation partielle d'un règlement de l'UE sur la base de cet instrument avait déjà pour motif la violation du droit à la protection des données personnelles<sup>2492</sup>. A cet égard, la décision du juge paraît spectaculaire dans sa sévérité, cette dernière ressortant tant des termes employés par la Cour, stigmatisant la « vaste ampleur » et la « gravité particulière » des atteintes qu'elle porte aux droits fondamentaux, que de ce que la Cour ait prononcé l'annulation de la directive 2006/24 sans accepter d'en maintenir les effets, ce qui rare au regard de l'insécurité juridique entraînée par une telle invalidation<sup>2493</sup>.

Par ailleurs, c'est la fonction législative du juge qui se trouve soulignée par cette décision. Plus précisément, c'est son rôle en termes non pas seulement de défense mais de promotion des droits fondamentaux qui est mis en avant. C'était d'ailleurs déjà ce qui avait motivé l'assimilation au moins pour partie du droit des données personnelles au droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la CESDH par le juge de l'Union européenne, avant que la Charte des droits fondamentaux ne soit intégrée au droit positif par le traité de Lisbonne<sup>2494</sup>. En effet, « en explicitant les violations du principe de proportionnalité, la Cour crée un cadre juridique qui s'impose au législateur. L'arrêt contient en fait le contenu de la directive qui viendra remplacer le texte annulé. La Cour légifère donc indirectement »<sup>2495</sup>.

L'intérêt de cette décision est donc de souligner le saut qualitatif qu'il peut y avoir entre le contentieux devant le juge de Strasbourg et celui de Luxembourg. En effet, ces dernières années, un certain nombre d'affaires ont donné lieu à la condamnation d'États parties au Conseil de l'Europe à raison de pratiques de fichage de masse incompatibles avec les exigences de la CESDH. Mais quel que soit le caractère retentissant et solennel de ces décisions, elles n'ont abouti qu'à engager la responsabilité de l'État incriminé<sup>2496</sup>. L'intérêt de la décision *Digital Rights* ne tient donc pas à la condamnation du fichage de masse mais aux conséquences d'une telle condamnation, dès lors que la sanction prononcée par le juge consiste en l'annulation du support juridique de ces pratiques de fichage.

De manière plus générale, cette décision révèle à quel point la consécration d'un droit fondamental à la protection des données personnelles peut étendre la portée des garanties apportées à la personne fichées contre les traitements informatiques. En effet, les conséquences d'une telle extension ne peuvent pour l'heure être précisément évaluées, mais il est prévisible qu'elles seront importantes tant dans l'ordre européen interne qu'à l'égard d'États tiers. En effet, ainsi que l'a relevé l'un des commentateurs de cette décision, l'argumentation suivie par la CJUE « n'est pas sans rappeler la position du Parlement européen lors de l'adoption du « Paquet données personnelles » le 12 mars 2014, plus précisément de la Résolution sur le programme de

l'examen de la limitation aurait dû se faire par rapport à l'article 8 de la Convention. Or, il n'en est rien. Sans ignorer la jurisprudence de Strasbourg, la Cour se réfère exclusivement à l'article 52 de la Charte » (JACQUÉ Jean-Paul, « Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice », *RTDE*, avril-juin 2014, pp. 286-287).

2491 SIMON Denys, *op. cit.*, p. 5.

2492 CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jntes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063.

2493 JACQUÉ Jean-Paul, *op. cit.*, p. 286.

2494 Voir *supra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 1.

2495 JACQUÉ Jean-Paul, *op. cit.*, p. 287.

2496 CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, précité.

surveillance de la NSA »<sup>2497</sup>. En effet, dans les deux cas, que cela concerne la directive 2006/24 ou les opérations de la NSA, les faits sont les mêmes, à savoir une opération de surveillance de masse.

Dans l'ordre interne, certains auteurs ont souligné les conséquences d'une telle annulation de la directive 2006/24, pour les actes fondés sur elle ainsi que pour des procédés de surveillance de masse comparables. Dans les années qui viennent, tous les actes de droit dérivé ayant ainsi accordé un encadrement souple aux traitements de données personnelles réalisés par des personnes publiques dans un but de sécurité publique, ainsi que les actes de droit interne qui les transposent ou sur lesquels ils sont fondés, devraient subir le feu de l'examen prétorien. Une telle tendance converge d'ailleurs avec la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel français, qui a censuré une partie des dispositions de la loi Hamon relative à la consommation précisément au motif qu'elle instaurait un dispositif de surveillance de masse<sup>2498</sup>, et surtout avec la jurisprudence de la CEDH telle qu'elle a abouti à la condamnation des pratiques de traitements indifférenciés, dans le temps comme dans l'espace, de données personnelles<sup>2499</sup>.

Mais c'est surtout à l'égard des États tiers que les effets d'une telle inscription du droit à la protection des données personnelles dans le droit primaire de l'UE devrait se faire sentir, l'annulation de certains instruments particulièrement et notoirement contraires aux droits fondamentaux étant déjà anticipable<sup>2500</sup>, comme la décision de la Commission du 26 juillet 2000 relative à la pertinence de la protection assurée par les principes du *Safe Harbor*<sup>2501</sup> ou la décision de la Commission approuvant le traité TFTP<sup>2502</sup>. Les accords internationaux signés par l'UE doivent désormais être conformes à ce standard minimum. Or, la plupart des accords signés entre l'UE et les États-Unis révèlent des manques évidents en la matière. Ces lacunes doivent à la faiblesse politique et diplomatique de l'UE sur ces sujets et dans le cadre de leur relations avec cet État en particulier. Ainsi, il paraît opportun de rappeler que le premier de ces compromis en matière d'échange de données personnelles, relatif au système de *Safe Harbor* ou « sphère de sécurité » et aboutissant à la reconnaissance par l'UE de leur niveau « adéquat » pour autoriser des transferts de données personnelles vers les États-Unis<sup>2503</sup>, n'a été arraché à l'UE que sous la menace explicite

2497 CASTETS-RENARD Céline, *op. cit.*, p. 1358.

2498 Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, JORF du 18 mars 2014 page 5450, texte n° 2 (@ 2), considérant 57.

2499 CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, précité. Pour un exemple récent relatif au STIC mis en place par la France, aboutissant à sa condamnation pour violation de l'article 8 de la CESDH à raison de la durée disproportionnée de conservation de données personnelles, voir CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*, n° 21010/10, §44.

2500 Pour une première évaluation particulièrement complète des conséquences de l'annulation de cette directive sur d'autres instruments présentant des motifs de violation similaire de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, voir BOEHM Franziska et COLE Mark, *Data Retention after the Judgment of the Court of Justice of the European Union*, Münster/Luxembourg, 30 juin 2014, disponible en ligne.

2501 Décision 2000/520/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiées par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, précitée.

2502 Décision 2010/412 du Conseil du 13 juillet 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme - Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, Journal officiel n° L 195 du 27/07/2010 p. 3.

2503 Décision 2000/520/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiées par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, précitée.

d'une guerre commerciale et de recours portés devant l'ORD<sup>2504</sup>. Et il paraît non moins opportun de rappeler que les quelques garanties de la protection des données personnelles arrachées aux États-Unis dans le cadre de ce premier accord dérogatoire sont méconnues de manière notoire et n'apportent qu'une protection purement théorique et illusoire aux données personnelles des citoyens européens. Qu'une telle violation du droit européen soit reconnue unanimement par les institutions politiques de l'Union<sup>2505</sup> est une chose, mais cela n'a manifestement pas abouti à leur cessation. L'intérêt de l'intégration d'un droit à la protection des données personnelles dans le droit primaire de l'UE est alors de donner à la CJUE les armes pour compenser par une approche juridictionnelle ce que la voie politique et diplomatique a été impuissante à atteindre, à savoir la conclusion d'accords conformes au droit européen et la suspension de certains de ces accords plus soucieux de diplomatie que de respect de l'État de droit<sup>2506</sup>, ce qui est explicitement demandé par le Parlement européen dans sa résolution du 12 mars dernier sur le programme de surveillance de la NSA<sup>2507</sup>.

Tout l'intérêt de l'inscription du droit à la protection des données personnelles dans le droit primaire de l'UE est alors d'investir la CJUE d'une fonction politique non pas uniquement de défense mais aussi de promotion de la protection des données personnelles, y compris à l'égard des États tiers. L'article 8 de la Charte et l'article 16 du TFUE révèlent alors l'attachement fondamental de l'UE aux valeurs protégées par ce droit et constituent les moyens de rendre cet attachement effectif. En effet, tant que les dispositions relatives à la protection des données personnelles n'ont été garanties que par les instruments de droit dérivé, il pouvait être juridiquement concevable, en faisant une totale abstraction de l'invocation du droit du Conseil de l'Europe, que l'UE signe avec des États tiers des conventions internationales prévoyant des

2504 Sur ce système du *Safe Harbor* et le contexte de leur reconnaissance par l'UE, voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

2505 Les failles béantes de ce système des *Safe Harbor* en terme de protection des données personnelles sont mises en évidence de manière convergente, avec plus ou moins de nuances, par le groupe de travail de l'article 29 (G29, avis 4/2000 du 16 mai 2000), le Parlement européen à deux reprises (résolution du 5 juillet 2000 sur le projet de décision de la Commission relative à la pertinence des niveaux de protection fournis par les principes de la « sphère de sécurité » et les questions souvent posées y afférentes, publiées par le ministère du commerce des États-Unis ; Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures (2013/2188(INI))) et même la Commission européenne (rapports d'évaluation de la Commission sur l'application des principes de la « sphère de sécurité » du 13 février 2002 (SEC(2002)0196) et du 20 octobre 2004 (SEC(2004)1323) ; communication de la Commission du 27 novembre 2013 sur le fonctionnement de la « sphère de sécurité » du point de vue des citoyens européens et des entreprises établies dans l'Union (COM(2013)0847) et la communication de la Commission du 27 novembre 2013 sur le rétablissement de la confiance à l'égard des flux de données entre l'Union européenne et les États-Unis (COM(2013)0846)).

2506 Tel était le cas pour le projet avorté en 2012 de nouvel accord entre l'UE et les États-Unis en matière de transfert des données des dossiers de passagers aériens (PNR), adopté par le Parlement européen pour des raisons explicitement diplomatiques, après des années de refus de sa part de la conclure, précisément au motif que cet accord aurait violé les droits et libertés des citoyens européens. Voir sur ce point PEYROU Sylvie, « Droits fondamentaux *versus* diplomatie, ou le pot de terre contre le pot de fer : réflexions sur la conclusion de l'accord PNR entre les États-Unis et l'Union européenne », *Europe*, juillet 2012, pp. 5-9.

2507 Résolution précitée, Action 3 : « suspendre la « sphère de sécurité » jusqu'à ce qu'une analyse complète de celle-ci soit effectuée et que ses lacunes soient corrigées en veillant à ce que le transfert de données à caractère personnel à des fins commerciales à partir de l'Union européenne vers les États-Unis ne puisse se faire qu'en respectant les normes européennes les plus strictes » et Action 4 : « suspendre l'accord TFTP en attendant i) la conclusion des négociations concernant l'accord-cadre; ii) la réalisation d'une enquête approfondie sur la base d'une analyse européenne et la prise en compte de l'ensemble des préoccupations soulevées par le Parlement dans sa résolution du 23 octobre 2013 ».

transferts de données personnelles sans garanties réelles à l'égard de leur protection. En forçant à peine le trait, c'est le cas de tous les accords passés entre l'UE et les États-Unis, tant à propos de la libre circulation de ces données, à des fins privées et surtout commerciales, qu'à des finalités publiques comme la prévention du terrorisme.

Ce n'est désormais plus le cas, et ce d'autant moins depuis la révélation par Edward Snowden des écoutes numériques de grande ampleur par la NSA, qui a conduit le Parlement européen à adopter une résolution faisant d'une protection effective des données personnelles la condition *sine qua non* de la conclusion d'accords nouveaux et de la viabilité d'accords passés.

Le droit à la protection des données personnelles a depuis lors intégré l'ordre public européen des droits de l'homme, verrouillant ainsi l'« Effet Bruxelles » en la matière en s'imposant aux États tiers qui prétendraient porter atteinte aux droits et libertés des citoyens de l'Union par le recours à des traitements de leurs données personnelles.

## *Section 2 – La signification ambivalente de l'adoption d'un « droit à » la protection des données personnelles*

Consacrer en droit positif un droit à la protection des données personnelles présente un défaut, qui est de précipiter l'alourdissement d'une tendance à la subjectivisation du droit des données personnelles. En effet, en dépit du caractère objectif de ces règles, un certain nombre d'auteurs français et étrangers militent ouvertement pour que ce droit soit reconnu comme un droit de la personnalité. Or, cela est problématique car cette qualification, purement doctrinale, devrait signifier deux choses : d'une part que ces règles protègent effectivement la personnalité de la personne fichée, ce qui est le cas ; d'autre part que ces règles traduisent une « appartenance maîtrise »<sup>2508</sup> de la personne sur les modalités de cette protection, c'est à dire passent par l'exercice de droits subjectifs. La consécration d'un droit à la protection des données personnelles pose donc le problème d'amplifier l'idée selon laquelle la personne fichée serait l'acteur essentiel, si ce n'est unique, de la protection de ses données.

Or, ainsi qu'il a été démontré, la protection des données personnelles n'est effectivement assurée que marginalement par l'exercice de droits subjectifs<sup>2509</sup>. La raison en est que d'un point de vue théorique, le consentement à l'atteinte ne constitue qu'une garantie particulièrement équivoque de la protection des droits et libertés fondamentales (§1). Une telle approche, essentiellement privatiste du droit des données personnelles, survit en raison, d'une part, d'une confusion entre le droit au respect de la vie privée et le droit des données personnelles (§2) ; d'autre part d'une option, délibérée ou non, en faveur du lobbying pour une conception nord-américaine du droit des données personnelles qui supprimerait définitivement les quelques garanties entourant dans l'ordre juridique français la protection de la personne fichée (§3).

2508 Voir *infra*.

2509 BLOUD-REY Céline, « Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2799 : « la loi de 1978 n'a pas reconnu, suivant une approche civiliste, de droit à la protection des données personnelles, compris comme un droit subjectif de la personne sur ses propres données, pas plus qu'elle n'a retenu, autre option envisageable, un droit de la propriété. Elle a opté pour une approche réglementaire et morcelée des droits de la personne sur ses données personnelles ».

## §1 – Le consentement à l'atteinte, garantie équivoque de la protection des droits et libertés fondamentales

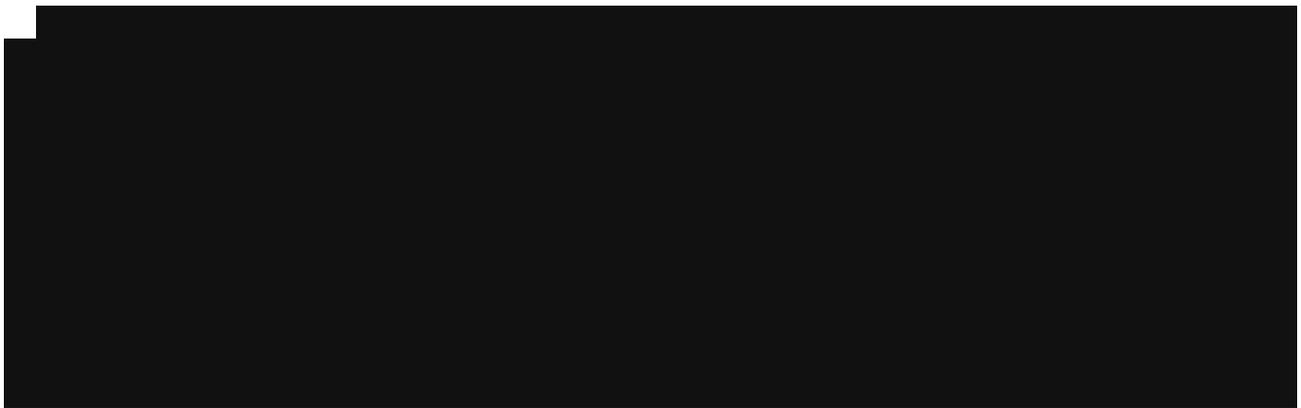


2510 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 134, à propos de l'article 7 a) précité de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995: « pour protectrice des personnes que cette disposition puisse paraître, elle ouvre une voie royale vers la contractualisation du droit des données à caractère personnel et favorise donc un glissement d'une protection fondée sur les rouages du droit public et des droits fondamentaux vers les mécanismes issus du droit privé et notamment de la responsabilité contractuelle ».

2511 HUET Jérôme, *Étude relative aux contrats encadrant les transferts de données personnelles entre les parties à la Convention 108 et les pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat*, Groupe de rédaction du comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE 108), T-PD-GR (2000) 2, Strasbourg, 9 novembre 2000, pp. 18 et 20.

2512 CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 121. L'auteur impute ce phénomène à deux facteurs: l'exaltation des droits de l'homme d'une part, la « place conquise par la psychologie au détriment de la sociologie (les sociologues privilégiaient les institutions, les psychologues l'individu) » d'autre part.

2513 *Ibid.*, p. 125.



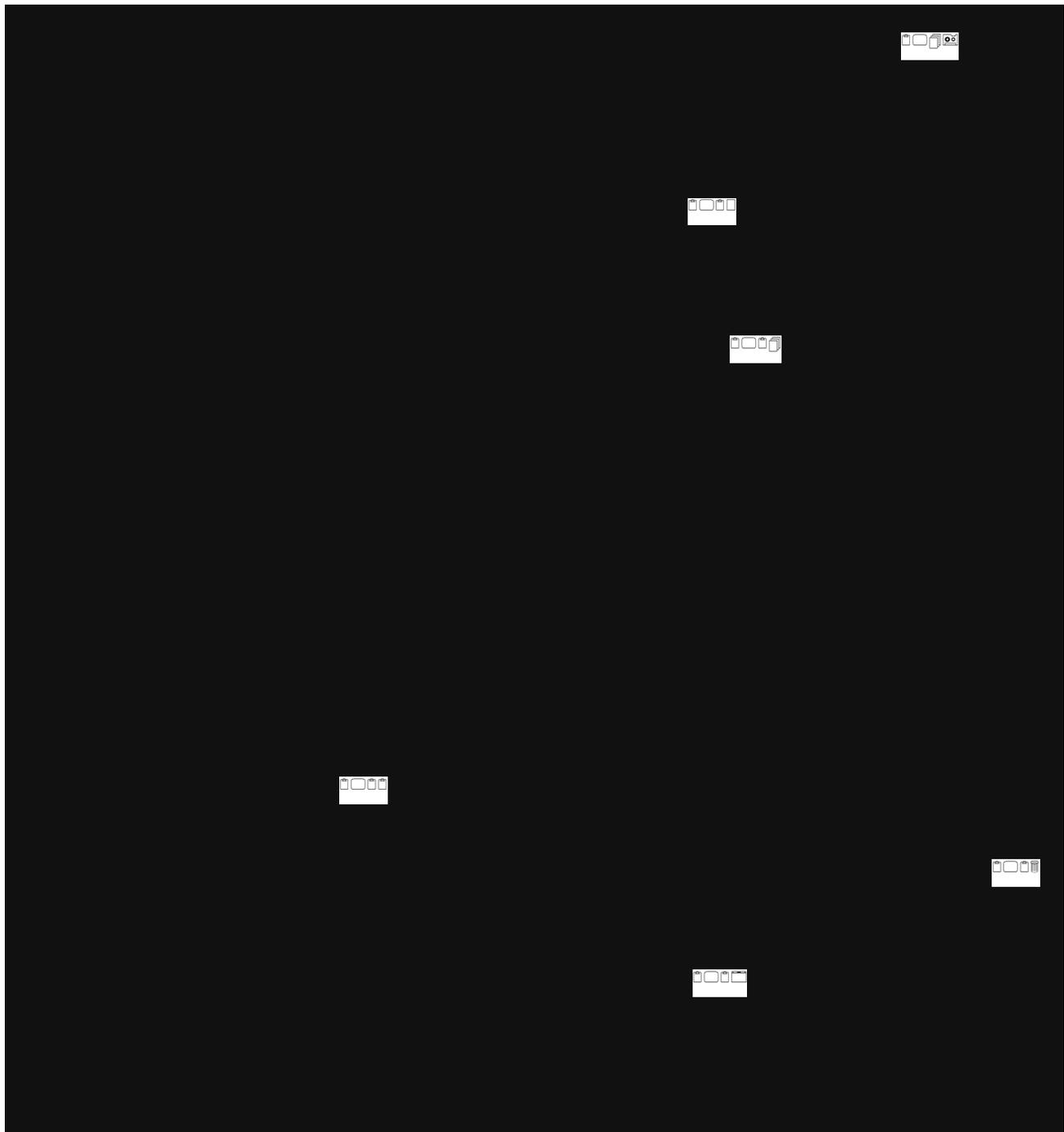
2514 *Ibid.*, p. 125.

2515 Voir notamment les contributions diverses de l'ouvrage de BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte (coord.), *Contrat ou Institution, un enjeu de société*, LGDJ, 2004. Pour le droit pénal, voir PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, Tome 36, 2002.

2516 FABRE-MAGNAN Muriel, *Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale*, Rec. Dalloz 2008, n° 1., p. 34.

2517 *Ibid.*, p. 31.

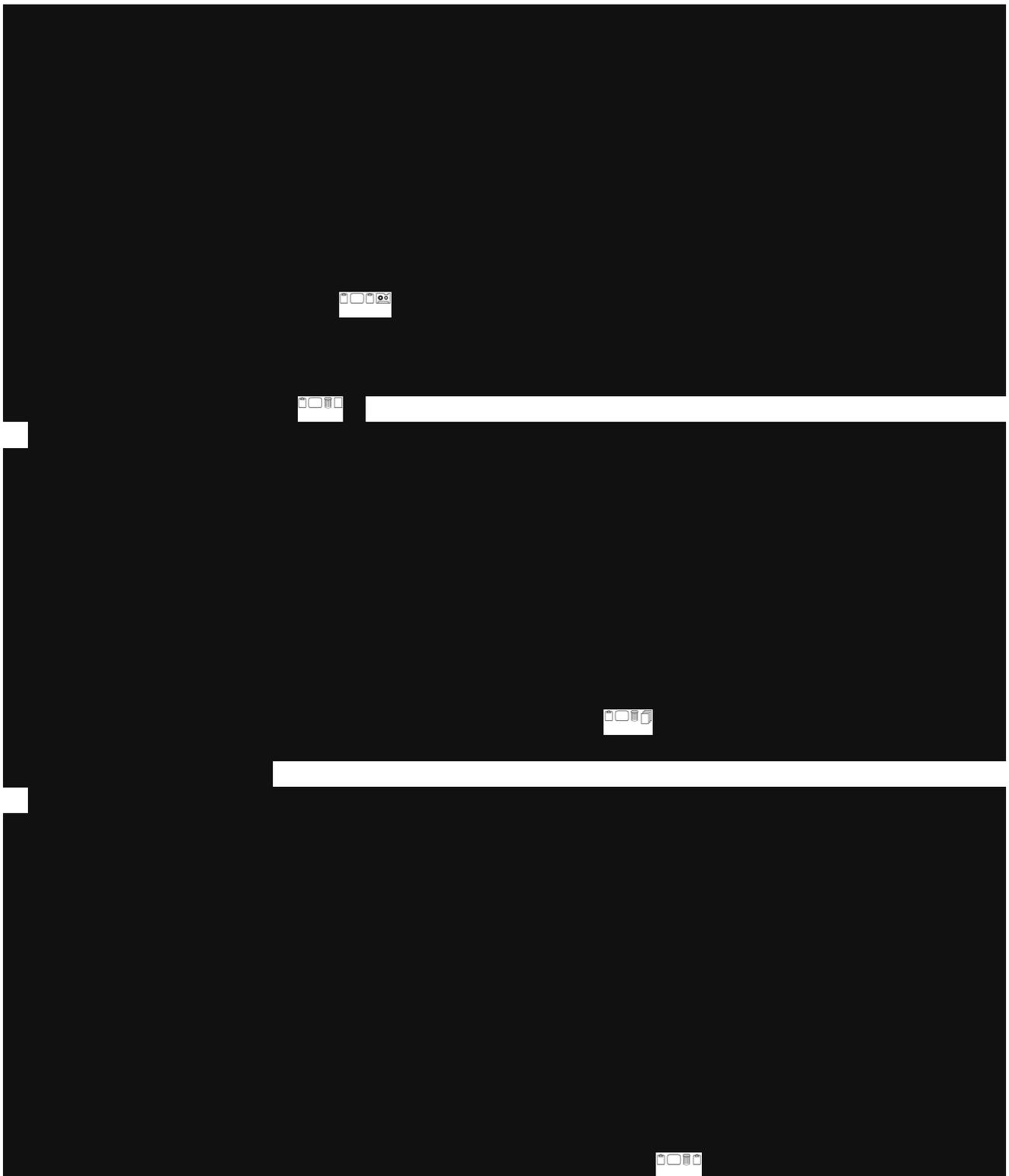
2518 RIVERO Jean, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *DS*, 1982, p. 422:« il y a, dans la liberté, une part inaliénable, que son titulaire lui-même ne peut abdiquer, fut-ce contre argent, car elle est inhérente à la condition d'homme ».



- 2519 Sur le rapprochement détecté en doctrine et effectivement consacré en droit européen et interne de la consommation, voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2.
- 2520 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, Montpellier 1, 2008, p. 135.
- 2521 Que cette institution soit publique ou privée.
- 2522 LEPAGE Agathe, « Consentement et protection des données à caractère personnel », in *Le harcèlement numérique*, sous la direction de Jean-Luc GIROT, PRESAJE, Dalloz 2005, pp. 247-248.
- 2523 *Ibid.*, p. 248.
- 2524 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 135: « ce type de déséquilibre est bien connu du droit de la consommation qui, pour y remédier, encadre les mesures d'informations qui doivent être mises en œuvre. Il n'est donc pas inenvisageable d'imaginer que, progressivement, le droit des données à caractère personnel se détache de la théorie des droits fondamentaux pour se fonder, au moins en partie, sur des obligations contractuelles qui seront encadrées par des dispositions normatives impératives, notamment relatives à l'information ».



- 2525 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final, article 7 relatif aux « conditions de consentement »: « 1. La charge de prouver que la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel à des fins déterminées incombe au responsable du traitement.  
2. Si le consentement de la personne concernée est requis dans le contexte d'une déclaration écrite qui concerne également une autre affaire, l'exigence du consentement doit apparaître sous une forme qui le distingue de cette autre affaire.  
3. La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement préalablement donné.  
4. Le consentement ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement lorsqu'il existe un déséquilibre significatif entre la personne concernée et le responsable du traitement ».
- 2526 LEPAGE Agathe, *op. cit.*, p. 248: « Par ailleurs la liberté de consentir, qui n'est que le revers de celle de ne pas consentir, peut se trouver dans les faits réduite au point de n'être plus que purement théorique. Certains services ne sont accessibles que si la personne consent à se dépouiller d'un certain nombre d'informations: autant de données personnelles au traitement desquelles elle n'aura donc pu faire autrement que consentir ».
- 2527 voir *supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2.
- 2528 BURKERT Herbert, « Progrès technologique, protection de la vie privée et responsabilité politique », *RFAP*, n° 89, janvier-mars 1999, p. 126: « La protection de la vie privée perd également du terrain dans le secteur privé: là, la formule magique est le consentement – non toujours nécessairement un consentement éclairé, ni même un consentement libre dans sa forme la plus pure. Le consentement a fait son apparition dans une multitude de clauses générales de contrats; le consentement implicite est induit dans de nombreuses transactions commerciales et remplace les équilibres que visaient les lois sur la protection de la vie privée en général. Tout comme personne ne se rend plus compte que les coûts publicitaires ont été intégrés au prix des biens et services, de moins en moins de consommateurs réalisent qu'il n'est désormais plus aucun échange de biens et



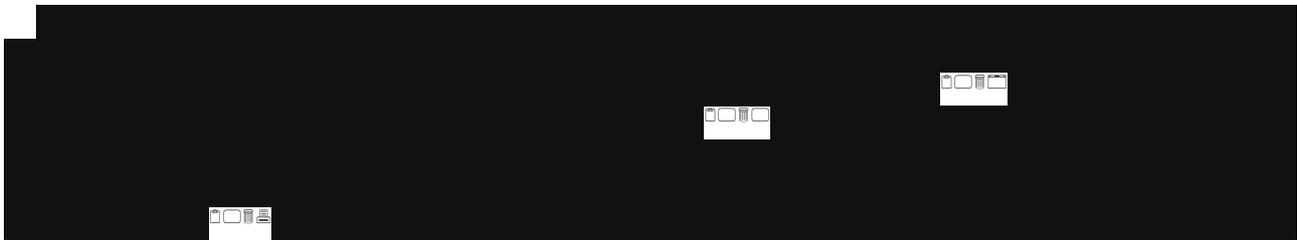
services qui n'exige sans le dire que l'on fournisse des données à caractère personnel ».

2529 Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»), JOUE du 31 juillet 2002, p. 42.

2530 *Ibid.*, art. 2, b).

2531 *Ibid.*, art. 2, c): Ces données de localisation sont définies par la directive « vie privée et communications électroniques » comme « toutes les données traitées dans un réseau de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur d'un service de communications électroniques accessible au public ».

2532 POULLET Yves, « Pour une troisième génération de réglementation de protection des données », in VERONICA



Marie et PALAZZI Pablo (coord.), *Défis du droit à la protection de la vie privée – Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°31, Bruylant, 2008, p. 31.

2533 Voir *supra*, Première partie, titre 2, chapitre 2.

2534 Voir *supra*, Première partie, titre 2, chapitre 1.

2535 Voir *infra*, titre 2, chapitre 1.

2536 GENTOT Michel, « La protection des données personnelles à la croisée des chemins », in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tomes 1 et 2, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000, p. 31: pour cet auteur, le fait que la loi originelle de 1978 ait cantonné dans un rôle marginal le consentement de la personne « signifie sans doute qu'en adoptant la loi de 1978, le législateur a pensé que le traitement de nos données personnelles excédait très largement le seul registre de la protection de la vie privée et touchait aux fondements mêmes de l'État de droit. Le citoyen ne peut pas « consentir » à un amoindrissement des garanties qui lui sont reconnues par l'État de droit, c'est à dire par le contrat social qui le fonde » ; POULLET Yves, DINANT Jean-Marc et DE TERWANGNE Cécile, *L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet*, Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunications, Conseil de l'Europe, 2004, disponible sur le site [www.coe.int/DefaultFR.asp](http://www.coe.int/DefaultFR.asp), p.42: « Il nous paraît cependant que le consentement ne peut constituer une base suffisante de légitimité. Il nous paraît que dans certains cas, la légitimité d'un traitement même appuyé par un consentement spécifique, informé et libre



## §2 – L'assimilation du droit des données personnelles à un droit de la personnalité

Une telle conception est naïve car elle conduit à tomber dans le piège de la toute puissance de l'autonomie de la volonté. Or, une telle conception, marquée de l'esprit libéral de la Révolution de 1789 et du code civil de 1804, est obsolète depuis bien longtemps et se caractérise, de manière bien plus excusable qu'en droit public, par un oubli pur et simple de l'État<sup>2538</sup>.

peut se voir remise en cause. Trois raisons militent en ce sens:

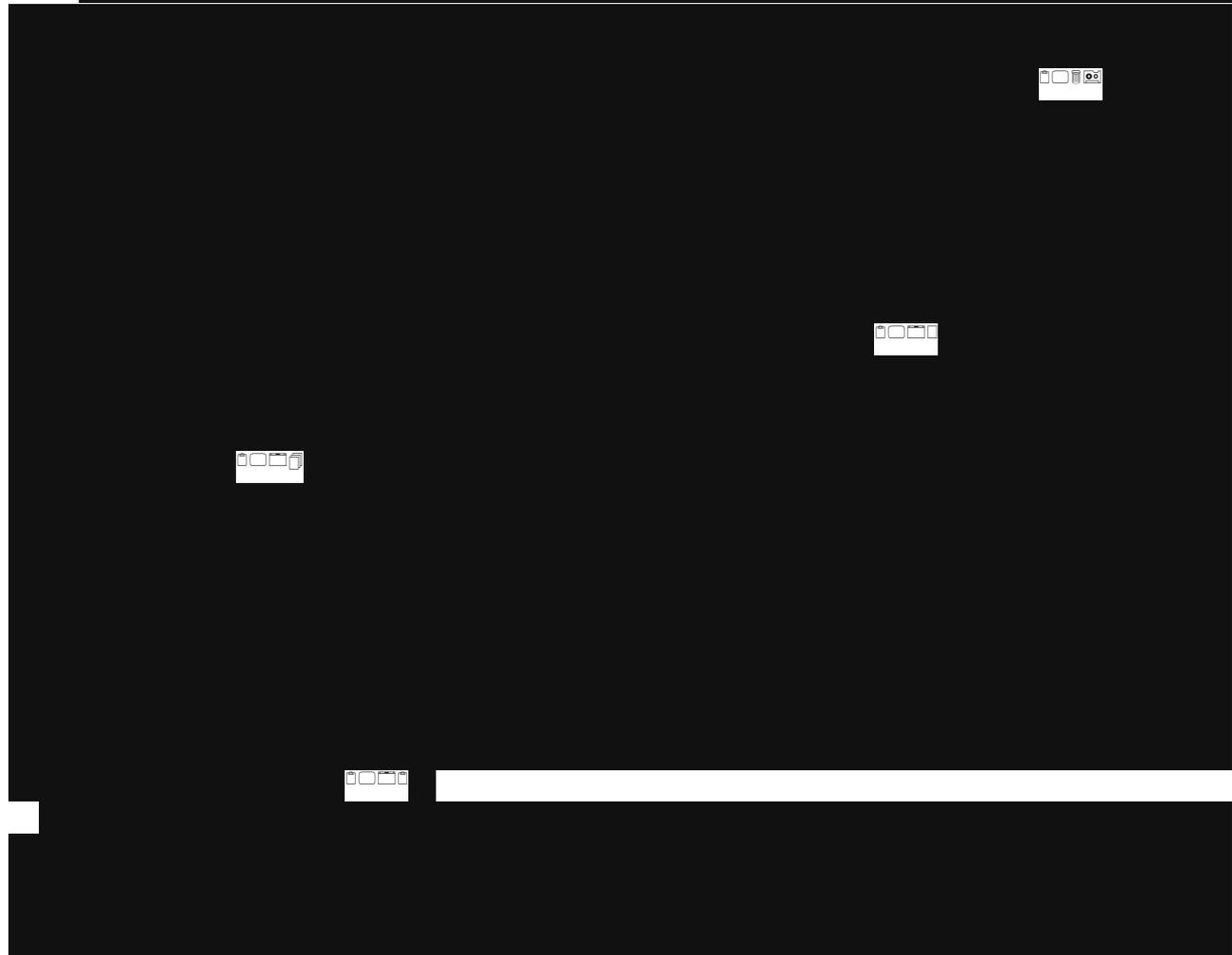
- le consentement même loyalement obtenu ne peut légitimer certains traitements contraires à la dignité humaine ou à d'autres valeurs essentielles à laquelle un individu ne peut renoncer;
- les individus consommateurs doivent être protégés contre des pratiques où en échange d'avantages économiques, leur consentement est sollicité;

enfin, la question de la vie privée n'est pas une simple affaire privée mais met en jeu des considérations d'ordre social et exige une possibilité d'intervention et un contrôle marginal par les autorités publiques ».

2537 LUCAS André, *op. cit.*, p. 94.

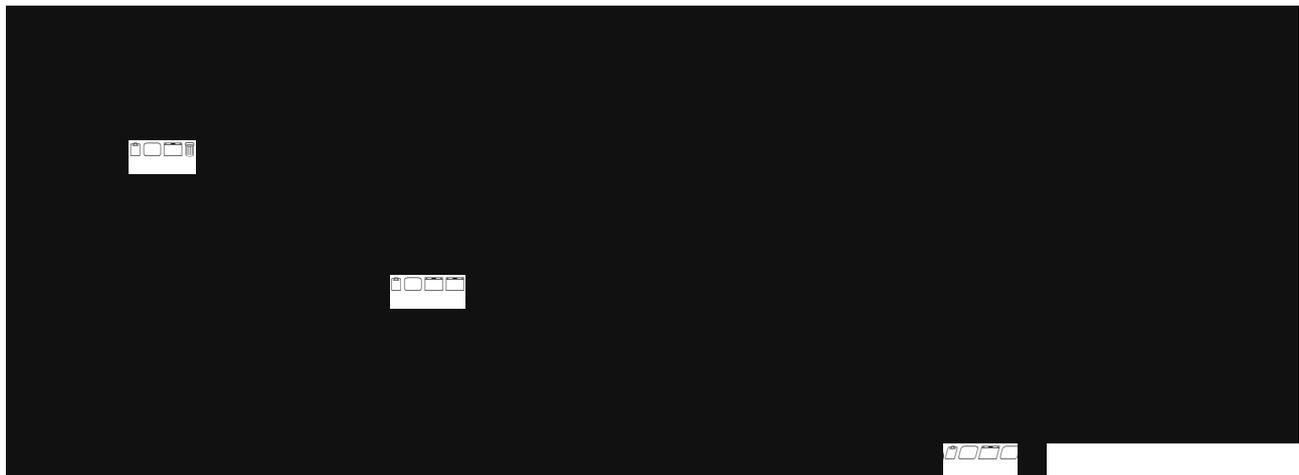
2538 Pour une critique d'un tel oubli, voir l'article précité de BEAUD Olivier, « L'État », in GONOD Pascale, MELLERAY

Au sein des instruments applicables dans l'ordre juridique interne, le consentement au traitement de données personnelles n'a été introduit que très récemment, sous l'impulsion de l'UE.



Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, 2011, pp. 207-267.

- 2539 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 31, alinéa 1 : « Il est interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes ». Le Conseil d'État, dans son arrêt CE 5 juin 1987, Kaberséli, n° 59674, a confirmé le caractère exprès de l'accord pour ce type demandé, en annulant la base légale d'un traitement de données sensibles se bornant à informer les intéressés de son existence. Voir également CNIL, 7ème rapport d'activité, 1986, La Documentation française, 1987, pp.77-89: la notion d'accord exprès doit s'entendre d'un accord recueilli sous forme écrite et sur un support distinct du formulaire de collecte des données afin de garantir autant que possible la réalité du consentement.
- 2540 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 26 : « Toute personne a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement ».
- 2541 LEPAGE Agathe, op. cit., p. 231: « La montée en puissance du consentement en matière de protection des données personnelles est une tendance générale, dont il est des manifestations hors même de la loi de 1978 ».
- 2542 En effet, la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 dont l'article 7 a) pose le principe selon lequel « Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si: a) la personne concernée a indubitablement donné son consentement ». La notion même de consentement à un traitement de données personnelles est définie dans l'article 2, h de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».



L'introduction de ce nouveau dispositif tend à suggérer un rapprochement entre les modalités de protection des données personnelles et celles de protection de la vie privée. En effet, dans les deux cas, le consentement de la personne soit au traitement de ses données, soit à la prise de connaissance ou à la divulgation de sa vie privée, est inconditionnel et *a priori*. Mais le fait que ces modalités soient comparables ne permet pas à ce stade de justifier la moindre assimilation des unes aux autres. En revanche, cette similarité a été exploitée par une partie de la doctrine privatiste française comme dénominateur commun d'une notion interne de vie privée qui aurait vocation à jouer dans notre droit le rôle de garantie générale de la Personnalité, à l'instar du droit allemand. Toutefois, l'emprunt de ce dénominateur commun n'a conduit qu'à une assimilation partielle du droit de la protection des données personnelles à la catégorie des droits de la personnalité. Une telle tentative d'assimilation se justifie rétrospectivement par l'élargissement d'une notion de vie privée déjà ample. Cet élargissement a été encouragé par les entreprises doctrinales visant à donner une matrice logique aux droits de la personnalité en droit français. Cet élargissement aboutit, dans ses conclusions ultimes, à assimiler les droits subjectifs de la personne sur ses données personnelles aux droits dont elle dispose sur sa vie privée.

En droit interne, la vie privée est protégée sur le fondement de l'article 9 du code civil, tel qu'il résulte de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970. Avant cela, elle était garantie par le juge civil sur le

- 2543 Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 8: « 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 ».
- 2544 Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO n° 159 10 juillet 2004. Cette loi pose le principe, dans ses articles 9 et 10, à propos de la « *prospection directe, au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique* », du consentement préalable de l'intéressé. Cette mesure a pour but d'éviter la prolifération des sollicitations publicitaires non désirées.
- 2545 Ce consentement est en effet susceptible de s'exprimer de deux manières, déclinées par les termes anglais d'*opt in* et d'*opt out*. Si le premier suppose un consentement préalable à la collecte de données personnelles, le second aboutit à doter d'individu d'un droit d'opposition a posteriori sur un usage de ses données personnelles opéré par principe. Le choix initial de l'*opt out* a été posé dans la directive 97/07/CE du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Ce dispositif a été transposé dans l'article L. 121-20-5 du Code de la consommation par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires. La directive vie privée et communications électroniques du 12 juillet 2002 est venue changer la donne en posant l'*opt in* comme principe. Cette modification a été transposée en droit français par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

fondement de l'article 1382 du Code civil. Cet article 9 énonce dans un premier alinéa le principe selon lequel chacun a droit au respect de sa vie privée et, dans un deuxième alinéa, que le juge des référés peut être saisi pour autant que l'intimité de la vie privée est menacée et que la condition de l'urgence se trouve réalisée. Mais cet article ne donne aucune indication sur le contenu de ce qu'il faut comprendre par les termes de « vie privée » ou d'« intimité de la vie privée ». Intuitivement cependant, l'existence de ces deux expressions laisse sous-entendre que le premier concept est plus large que le second. Mais « son appréhension se heurte à la difficulté d'isoler, dans la sphère de la vie privée, les éléments qui ont plus particulièrement trait à l'intimité de la personne »<sup>2546</sup>.

En fait, la doctrine privatiste théorise, sur la base de la jurisprudence judiciaire, l'existence de deux volets composant la notion de vie privée, distincts dans leur contenu comme dans les modalités de protection qu'ils impliquent. Le premier de ces volets est le secret de la vie privée. Son contenu se définit par la notion d'intimité et se perçoit intuitivement: il s'agit de toutes les informations concernant la vie privée par opposition à la vie publique. Sa protection implique l'existence d'un « pouvoir d'opposition » permettant à chacun de « pouvoir de s'opposer à une investigation ou à une divulgation de sa vie privée »<sup>2547</sup>. La liberté de la vie privée constitue le second volet de la notion de vie privée ; ses contours sont plus flous car c'est « la personne [qui] trace elle-même les frontières de sa vie privée. Elle est alors protégée dans ce qu'elle estime être sa personnalité »<sup>2548</sup>. Le caractère flou de cette notion se révèle à travers la définition extrêmement large proposée par certains auteurs, allant jusqu'à englober la notion européenne d'autonomie personnelle<sup>2549</sup> ou celle de liberté civile en droit privé interne<sup>2550</sup>. Ces difficultés dans la définition de la liberté de la vie privée s'expliquent pour deux raisons. La première est que le domaine couvert par la liberté de la vie privée ne peut être défini a priori car il postule justement la possibilité d'agir à sa guise dans le cadre de sa vie privée: il s'agit d'un blanc-seing accordé à l'individu. Cela implique donc, selon le mot de Jean Carbonnier, que celui qui s'y risquerait « s'épuiserait à s'occuper de ces choses là »<sup>2551</sup> à raison de l'indétermination du champ couvert par cette notion. Cela peut expliquer que l'ouvrage de référence en la matière, « La protection de la vie privée » de Pierre Kayser<sup>2552</sup>, ne compte qu'un premier tome consacré à la « protection du secret de la vie privée », le second qui devait être consacré à la « liberté de la vie privée » n'ayant jamais paru. La seconde de ces raisons tient à ce que l'existence d'un tel contenu indéfini constitue à elle seule un appel d'air vers des principes plus larges tels que la liberté ou la dignité, via la notion d'autonomie personnelle.

2546 LEPAGE Agathe, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Droit social*, avril 2006, p. 370.

2547 SAINT-PAU Jean-Christophe, « L'article 9 du code civil: matrice des droits de la personnalité », note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juillet 1998, *Rec. Dalloz*, 1999, n° 37, p. 542.

2548 MARINO Laure, « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, Recueil mai-juin 2007, p. 1480.

2549 *Ibid.*, p. 1480 : « à l'extrême, ce mouvement permet de retenir des informations habituellement exclues du cadre de la vie privée, pour les y faire rentrer: c'est une vie privée volontariste. On s'approche d'un droit à l'autonomie personnelle ou à l'autodétermination, comme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ».

2550 SAINT-PAU Jean-Christophe, *op. cit.*, p. 542: « le droit au respect de la vie privée confère deux types de pouvoir. Chacun dispose tout d'abord d'un pouvoir d'action, celui de choisir son mode de vie: il s'agit d'une liberté civile à laquelle le droit civil ne s'intéresse pas vraiment d'un point de vue positif car il « s'épuiserait à s'occuper de ces choses là ». Simplement faut-il préciser que chacun peut exiger le respect de la liberté de sa vie privée en tant que liberté civile et pas seulement comme une liberté publique. C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre la jurisprudence relative au transsexualisme fondée sur l'article 9. C'est bien évidemment de respect de la liberté dont il s'agit et non de respect du secret ».

2551 CARBONNIER Jean, *Droit civil – Les personnes*, 21<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000, p. 155.

2552 KAYSER Pierre, *La protection de la vie privée, Tome 1: protection du secret de la vie privée*, PUAM, 1984.

Cette notion de vie privée au sens de l'article 9 du Code civil joue également, selon un avis très largement partagé par la doctrine privatiste, le rôle de « matrice fondamentale, mais également procédurale, des droits de la personnalité ayant pour objet de protéger l'intégrité morale »<sup>2553</sup>. En effet, à la différence du droit allemand qui consacre un droit protégeant la Personnalité dans son ensemble, le droit français ne consacre, pour l'essentiel de manière uniquement jurisprudentielle, que certains des aspects de la personnalité, sous la dénomination de « droits de la personnalité »<sup>2554</sup>. Or, un certain nombre d'auteurs privatistes encourage une telle assimilation au motif qu'« à l'unité de la personnalité correspond nécessairement l'unité des droits de la personnalité »<sup>2555</sup>. Certains en appellent même à la refonte de l'article 9 du Code civil afin qu'il consacre non plus le droit au respect de la vie privée mais le « droit au respect de sa personnalité »<sup>2556</sup>. Le champ recouvert par la notion de vie privée jouant un tel rôle de matrice est alors considérablement étendu. Il comprend, selon une définition essentiellement énumérative, les « droits de la personnalité » effectivement rattachés par la jurisprudence à l'article 9 du Code civil<sup>2557</sup>. Le point commun entre toutes les valeurs protégées sur ce fondement est « le droit de contrôle dont le droit au respect de la vie privée est l'incarnation emblématique. Ce droit de contrôle dénote la maîtrise de la personne sur les informations relevant de sa vie privée, mais aussi si on le décline au fil des solutions jurisprudentielles, sur son image, sa voix, etc »<sup>2558</sup>.

Il peut également être défini de façon conceptuelle et consacre, de manière synthétique, le champ couvert par les droits de la personnalité tels que l'intégrité morale de la personne humaine. Dans cette optique, le champ couvert par la vie privée s'étend alors jusqu'à englober tout ou partie de la notion de dignité de la personne humaine<sup>2559</sup>. Mais une telle conception aboutit à rendre totalement illisible aussi bien la notion de vie privée que celle de droits de la personnalité. A cet

2553 SAINT-PAU Jean-Christophe, *op. cit.*, p. 541.

2554 Seule exception notable dans la doctrine française, qui s'inspire manifestement du droit allemand en considérant qu'existent en droit français non pas des droits de la personnalité mais un droit de la personnalité: BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Que sais-je?, 1992. De manière plus précise et plus actuelle, voir du même auteur, *La protection de la vie privée*, in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 14<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2008, pp.187-213, sp. p. 190: « même en restreignant les droits de la personnalité à la seule protection de l'intégrité morale de la personne humaine, pourquoi parler de « droits »? Il n'y a à cela aucune raison valable et cette palette ne s'explique que par l'origine prétorienne de la protection de la personnalité. Il semble plus exact de soutenir qu'il existe un « droit de la personnalité » qui protège les divers aspects de celle-ci ».

2555 SAINT-PAU Jean-Christophe, *op. cit.*, p. 541.

2556 LEPAGE Agathe, « L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité? », *Gaz. Pal.*, Recueil mai-juin 2007, p. 1499: « Il vaudrait mieux élargir les termes de l'article 9 en lui faisant dire que « chacun a droit au respect de sa personnalité », ce qu'avait déjà envisagé il y a quelques décennies la commission de réforme du Code civil ».

2557 *Ibid.*, p. 1499: « un ensemble de valeurs dont le respect représente autant de facettes du respect général de la personnalité: par exemple, respect de la vie privée (qui se rattache à la protection de la tranquillité, notamment par la protection du secret, et qui implique l'anonymat), respect de l'intégrité de la personnalité (ce qui pourrait inclure les atteintes par altération de la personnalité, les atteintes à l'honneur, mais aussi les atteintes au crédit de la personne [...]) ou bien encore autodétermination (illustrée en matière de transsexualisme avec la reconnaissance de la possibilité de modifier la mention du sexe à l'état civil, sur le fondement du respect de sa vie privée ».

2558 *Ibid.*, pp. 1498-1499.

2559 *Ibid.*, p. 1499: une telle conception s'appuie sur l'idée que « la protection de la personnalité a (...) pour pivot la volonté individuelle, et, quel que soit l'attribut de la personnalité considéré, l'atteinte à celle-ci suppose l'individualisation de la personne, par son identification effective ou possible. Par cette subjectivisation fondamentale, les droits dégagés par la jurisprudence sur le fondement de l'article 9 du Code civil paraissent devoir se détacher du principe, objectivement exprimé par l'article 16 du Code civil, selon lequel la loi « interdit toute atteinte à la dignité de la personne » ».

égard, cette méthode ne fait pas l'unanimité chez les auteurs privatistes, certains considérant que « si la vie privée fait partie de la personnalité, il faut prendre garde à ne pas réduire celle-ci à celle-là »<sup>2560</sup>, prenant pour exemple les droits de la personnalité manifestement irréductibles à la notion de vie privée que sont la protection du droit moral de l'auteur<sup>2561</sup> et la présomption d'innocence<sup>2562</sup>.

Malgré cela, la rencontre croissante en jurisprudence du droit au respect de la vie privée avec le droit de la protection des données personnelles pousse certains auteurs à envisager une évolution de la catégorie classique des droits de la personnalité. Ainsi, pour le professeur Laure Marino, le progrès technologique apporté par les NTIC aurait conduit à une « mutation des droits de la personnalité »<sup>2563</sup> susceptible de justifier une assimilation des concepts du droit des données personnelles. Cette mutation s'apparente à une adaptation d'outils de protection de la personnalité à des conditions de réalisation des atteintes à ces droits qui ont radicalement changé en peu de temps. Cette nécessité de s'adapter passerait alors par une assimilation des outils du droit des données personnelles à la protection des droits de la personnalité.

Cette volonté d'attirer le droit des données personnelles dans l'orbite des droits de la personnalité s'explique par une certaine confusion opérée par certains auteurs privatistes entre les deux notions. Si la protection des données personnelles semble de prime abord ne constituer qu'un prolongement des droits de la personnalité dans un domaine spécifique<sup>2564</sup>, une analyse plus approfondie révèle que « le système mis en place par la loi de 1978 semble déborder largement le domaine de la protection des droits de la personnalité »<sup>2565</sup>. Malgré cette différence, certains auteurs considèrent encore les instruments relatifs aux données personnelles comme une « législation-relais » des droits de la personnalité<sup>2566</sup>. Dans cette optique, une « mutation des droits de la personnalité » impliquerait une évolution de la notion considérée comme matricielle de vie privée dans deux directions. Une telle réforme serait nécessaire afin d'éviter de distendre une nouvelle fois le lien déjà fort tenu existant entre le terme de vie privée et l'étendue insondable de son contenu.

2560 BEIGNIER Bernard, La protection de la vie privée, in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> édition, 2008, p.187.

2561 Code la propriété intellectuelle, article L. 121-1: « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne [...] ».

2562 Code civil, article 9-1.

2563 MARINO Laure, *op. cit.*, p. 1482.

2564 ANCEL Pascal, « La protection des données personnelles – Aspects de droit privé français », *RIDC*, 3-1987, p. 611: « Quand on parle des règles du droit privé, on songe ici tout particulièrement aux règles générales de protection de la personne, telles qu'elles s'expriment à travers la notion de « droits de la personnalité ». De prime abord, en effet, la loi de 1978 constitue un prolongement de ces règles générales ; elle ne paraît être qu'un aspect particulier, appliqué à l'informatique, de la protection de la vie privée, du droit au nom, à l'honneur, des libertés... ».

2565 ANCEL Pascal, *op. cit.*, p. 612. La même page, il précise sa pensée en indiquant que la raison de cette largeur réside dans le caractère extrêmement plastique de la notion de donnée personnelle: « On s'en aperçoit si on considère la définition que la loi donne des informations protégées. Il s'agit, on le sait, de toutes les informations nominatives, c'est-à-dire, selon l'article 4, des « informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes auxquelles elles s'appliquent ». Cette définition peut être rapprochée de celle que donne l'article 2 de la Convention de Strasbourg, aux termes duquel « données à caractère personnel signifie « tout information concernant la personne physique identifiée ou identifiable ». Ainsi, ni la convention, ni la loi ne font, au départ, le tri entre les aspects de la personnalité qui peuvent être concernés par les informations nominatives. En particulier [...] il n'est pas nécessaire, pour qu'une information soit protégée, qu'elle soit relative à la vie privée de l'intéressé [...]. Et on remarque que peuvent aussi bien tomber sous le coup de la loi des données qui, pour la plupart des citoyens, sont extrêmement banales [...] ».

2566 MARINO Laure, *op. cit.*, p. 1481.

La première de ces évolutions consisterait en une évolution radicale de la notion même de vie privée qui deviendrait le « droit de contrôler ses informations personnelles »<sup>2567</sup>. Une telle évolution équivaudrait à une transposition en droit français de la jurisprudence *Rotaru* de la CEDH en ce qu'elle permettrait de sanctionner, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, des violations à la vie privée portant sur des données personnelles au sens de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978. Cela accroîtrait d'abord considérablement le périmètre d'intervention du recours au droit à la vie privée, cette dernière étant « chassée » par le caractère anodin de l'information personnelle<sup>2568</sup>. Cela reviendrait ensuite à élargir non moins considérablement le périmètre des droits de la personnalité, dans la mesure où l'identification d'une ou de plusieurs personnes constitue un préalable nécessaire à une atteinte à la personnalité et ne suffit pas en elle-même à caractériser l'atteinte<sup>2569</sup>. La première théorisation de cette évolution appelée du droit se propose de redéfinir la vie privée comme un ensemble d'informations personnelles dont le critère se trouverait dans « l'attitude prévisible de la plupart des individus envers [ces] information[s] »<sup>2570</sup>. Mais contrairement à ce que soutient le professeur Laure Marino, les notions d'information personnelle, telle qu'employée par Daniel Gutmann dans sa thèse, et de donnée personnelle au sens de la loi du 6 janvier 1978, si elles se recoupent, ne peuvent en aucun cas être considérées comme « quasi-synonymes » et assimilées l'une à l'autre. Une telle assimilation serait excessive car, selon, le principal artisan de cette définition, l'adjectif « personnelles » pour qualifier ces informations ne doit pas se confondre avec le sens qui lui est donné dans les instruments relatifs aux données personnelles. Dans son esprit, il aurait mieux valu « dire que la vie privée est un ensemble d'informations « privées » », « si l'on n'aboutissait pas à une tautologie »<sup>2571</sup>. Dès lors, la piste de l'adaptation de la notion de vie privée aux évolutions technologiques par absorption d'éléments propres au droit des données personnelles paraît compromise.

La seconde de ces évolutions possibles consisterait en une scission des éléments ne pouvant se rattacher à l'intimité de la vie privée et à l'autonomisation de ce contenu au sein d'un « droit au respect des informations personnelles »<sup>2572</sup>. Ce nouveau droit hypothétique verrait son champ

2567 MARINO Laure, *op. cit.*, p. 1482: « La vie privée se définissait traditionnellement de façon presque spatiale, allant du « mur de la vie privée » de Royer-Collard à la « sphère d'intimité » de Carbonnier. Avec les nouvelles technologies, l'accent est désormais mis sur l'information, notion qui se trouve être au cœur de la loi Informatique et libertés par le biais des données. La quasi-synonymie entre information et données personnelles va dès lors rapprocher les deux sources et rejaillir sur la définition de la vie privée. Celle-ci pourrait devenir un ensemble d'informations personnelles, c'est à dire identifiantes. Dans la logique, (...) le droit au respect de la vie privée deviendrait un « droit de contrôle sur des informations personnelles » ».

2568 CARON Christophe, « Le caractère anodin de l'information chasse la vie privée, observations sous Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> civ., 19 février 2004, 02-11.122 (n° 275 F-P+B) », *rec. Dalloz*, 2004, n° 23, p.1633.

2569 LEPAGE Agathe, MARINO Laure, BIGOT Christophe, « Droits de la personnalité », juillet 2005-juillet 2006, *Dalloz*, 2006, p. 2702. A l'inverse, le droit des données personnelles est applicable dès lors que l'on est en présence d'un traitement informatisé de données personnelles et ne suppose pas pour son application une quelconque violation des droits subjectifs de la personne.

2570 GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 327, 2000, p. 230.

2571 *Ibid.*, p. 228.

2572 MARINO Laure, *op. cit.*, pp. 1482-1483 : « Il existe certes pour l'instant un droit de la protection des données personnelles, mais non un droit à la protection des informations personnelles. Un véritable droit au respect des informations personnelles aurait l'avantage de disjoindre cette protection de celle de la vie privée stricto sensu. Grâce à cette scission, le droit au respect de la vie privée retrouverait sa logique, et peut-être un peu plus d'objectivité et d'homogénéité. C'est dans ce même esprit que les travaillistes ont dégagé le concept de vie personnelle, à partir de 1994, pour mieux la distinguer de la vie privée. Sur le fond, il faudrait certes que le nouveau droit soit bien circonscrit. L'accès et l'usage des informations personnelles seraient appréciés en contemplation de leur finalité, et sous couvert du fameux principe de pertinence ».

d'action défini non seulement par la notion d'information personnelle, mais encore par les principes de pertinence et de finalité de traitement de ces informations. En clair, il ne s'agirait ni plus ni moins que de créer un droit de la protection des données personnelles non limité aux seuls traitements de données. Cela reviendrait à créer l'équivalent d'un droit unique de la Personnalité, dont le droit des données personnelles ne serait qu'un démembrement appliqué aux traitements informatisés. Ce faisant, une telle évolution permettrait de disposer d'un outil cohérent et unitaire de protection de la personnalité en droit français, sur le modèle du droit allemand.

Toutefois, cette tendance à l'assimilation ne constitue qu'une hypothèse avancée par certains auteurs. Elle ne jouit pas d'une unanimité absolue en doctrine. En effet, seule une partie des auteurs privatistes s'attache à en déduire une assimilation directe du droit de la protection des données personnelles au droit au respect de la vie privée, ou indirecte par son appartenance supposée à la catégorie des droits de la personnalité<sup>2573</sup>. Ces auteurs considèrent que l'introduction d'un tel mécanisme au sein des instruments relatifs aux données personnelles serait motivée par la recherche d'une protection approfondie des droits et libertés de la personne. Le signe d'une telle volonté en serait le pouvoir attribué par le législateur à la personne fichée sur ses données personnelles<sup>2574</sup>. Cette idée s'appuie sur un faisceau d'indices propre à la matière. Une telle hypothèse semble en effet faire écho à la consécration récente d'un droit à la protection des données personnelles au sein de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Elle est également cohérente avec l'idée selon laquelle le droit des données personnelles protégerait la liberté individuelle<sup>2575</sup>, à tout le moins celle de la personne fichée et non de l'auteur du traitement<sup>2576</sup>. Elle donne en outre en droit interne un contenu juridique à l'expression de « droit à l'autodétermination informationnelle » forgée par la Cour constitutionnelle allemande pour désigner le droit de la protection des données personnelles<sup>2577</sup>. Cette tendance à l'assimilation du droit des données personnelles à un droit de la personnalité via son assimilation à la protection de la vie privée se trouve également renforcée par une tendance, certes plus rare, de certains auteurs à considérer que certains démembrements du droit des données personnelles constituent des droits de la personnalité<sup>2578</sup>. Mais cette assimilation est contestable.

2573 LUCAS André, *op. cit.*, p. 27: « La loi du 6 janvier 1978 s'inscrit dans le cadre de la théorie des droits de la personnalité qu'elle contribue à faire progresser ».

2574 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 55, à propos de l'introduction du consentement dans les instruments contemporains relatifs aux données personnelles: « Cette mesure tend à placer les personnes concernées au cœur du dispositif de protection dont elles deviennent, en principe, un acteur central. L'apparition du consentement dans le droit français des données à caractère personnel pourrait constituer une évolution du droit vers des formes de régulation plus souples afin de restituer le contrôle personnel de l'information au bénéfice des personnes concernées ». Voir également EYNARD Jessica, *op. cit.*, p. 3: « Partant du postulat selon lequel la personne dont les données sont collectées est la meilleure gardienne de ces dernières, il décide de placer celle-ci au cœur du dispositif de protection en l'investissant de droits spécifiques ».

2575 Un auteur s'étonne ainsi de ce que la première version de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, alors que « le législateur dressait l'étendard de la protection des libertés individuelles et de la vie privée pour mettre en place une réglementation protectrice des droits des personnes fichées », n'ait accordé en son sein qu'une place résiduelle au consentement: SENDRA Anne, « Informatique et Libertés: que change la réforme du 6 août 2004? », in *Le harcèlement numérique*, sous la direction de Jean-Luc GIROT, PRESAJE, Dalloz 2005, p. 200.

2576 Sur la liberté de l'auteur d'un traitement, voir *supra*, première partie, titre 2.

2577 Volkszählungsurteil“ du 15 décembre 1983 (BVerfGE 65, 1).

2578 LUCAS André, *op. cit.*, p. 28: « Le droit pour toute personne de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés, le droit d'accès et de communication reconnu sur les informations nominatives, le droit de contester la pertinence desdites informations font bien partie de ces nouveaux droits de la personnalité dont la doctrine moderne s'emploie à définir les contours » et pp. 28-29: « Les droits de la personnalité sont des droits subjectifs. On doit ajouter que

### §3 – Une subjectivisation encouragée dans une perspective commerciale

Un droit de la personnalité désigne l'appartenance-maîtrise qu'a un individu sur certains éléments de lui-même. Cela suppose ainsi que la protection qu'il en fait est discrétionnaire et conditionnée à l'exercice d'un droit subjectif devant un tribunal. Mais cette maîtrise suppose également la possibilité de faire entrer certains de ces éléments de la personnalité dans le commerce.

La subjectivisation du droit à la protection des données personnelles par assimilation au droit à la protection de la vie privée peut ainsi avoir d'autres motivations que la volonté de protéger plus efficacement la personne fichée. Elle peut également constituer une thèse défendue par certains auteurs en vue d'accroître les possibilités d'exploitation commerciale des données personnelles. A cet égard, il existe un débat sur la question de l'existence ou pas d'un droit de propriété sur les données personnelles, que son bénéficiaire soit la personne fichée ou l'auteur d'un traitement. Le droit positif invalide par principe une telle hypothèse, ne la permettant que dans des cas limités.

L'origine de ce débat se trouve dans l'introduction en droit des données personnelles du consentement au traitement, innovation qui a pu être interprétée dans le sens d'une patrimonialisation des données personnelles (A). Or, le droit positif rend compte de l'indisponibilité, au moins de principe, de ces données (B).

#### **A/ Le consentement au traitement, point de départ d'une hypothétique patrimonialisation des données personnelles**

L'introduction du consentement a pu être perçue comme synonyme d'une reconnaissance par le législateur au profit de toute personne d'une libre disponibilité de ses données personnelles. En effet, l'hypothèse selon laquelle l'apparition de l'exigence du consentement tendrait à rapprocher de plus en plus le régime de la protection des données personnelles des régimes de protection de la personnalité est soutenue par une partie non-négligeable de la doctrine. Or, une telle hypothèse ne résiste pas à l'examen en droit interne et européen. Cette conception se trouve directement concurrencée tant par les faits que par l'existence de doctrines étrangères concurrentes. Ce balancement entre les deux conceptions explique que certains auteurs aient pu identifier une « double nature juridique des données personnelles »<sup>2579</sup>.

certaines d'entre eux constituent en même temps des libertés publiques. C'est très certainement le cas du droit au respect de la vie privée. Mais l'observation vaut aussi pour les autres prérogatives distinctes reconnues par la loi du 6 janvier 1978, dès lors que l'on admet la thèse traditionnelle selon laquelle l'expression « libertés publiques » renvoie à « des pouvoirs reconnus et organisés par le droit positif » ».

2579 FRAYSSINET Jean, « La protection des données personnelles et l'entreprise en ligne », in *Le droit de l'entreprise et Internet*, Actes du colloque de Marseille du 15 juin 2001, PUAM, 2002, p. 101: « Ceci fait apparaître la double nature juridique des données personnelles. Elles sont à la fois un bien immatériel propriété de l'entreprise, produit d'un investissement et une valeur hors commerce attachée aux droits et libertés de la personne concernée, « propriétaire concurrent » ».



- 2580 MAISL Herbert, « La maîtrise d'une interdépendance – Commentaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *JCP*, 1978, I, 2891, n°26 ; LUCAS André, *op. cit.*, p. 27: « La loi du 6 janvier 1978 s'inscrit dans le cadre de la théorie des droits de la personnalité qu'elle contribue à faire progresser » et pp. 349-350: « le recours à l'idée de propriété permettra de justifier la maîtrise conférée par la loi du 6 janvier 1978 aux personnes physiques sur les informations nominatives les concernant et même de reconnaître aux États un droit de souveraineté sur les informations recueillies sur leur sol »; MARINO Laure et PERRAY Romain, Les nouveaux défis du droit des personnes: la marchandisation des données personnelles, in ROCHFELD Judith (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ – Lextenso éditions, 2010, p. 66:« le droit à la protection des données personnelles appartient à la catégorie des droits de la personnalité. [II] se rattache au droit au respect de la vie privée ».
- 2581 LUCAS André, *op. cit.*, p. 28: « Le droit pour toute personne de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés, le droit d'accès et de communication reconnu sur les informations nominatives, le droit de contester la pertinence desdites informations font bien partie de ces nouveaux droits de la personnalité dont la doctrine moderne s'emploie à définir les contours ».
- 2582 MARINO Laure et PERRAY Romain, « Les nouveaux défis du droit des personnes: la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD Judith (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ – Lextenso éditions, 2010, p. 68.
- 2583 Voir *supra*, première partie.
- 2584 ANCEL Pascal, La protection des données personnelles – Aspects de droit privé français, *RIDC*, 3-1987, p. 611: « Quand on parle des règles du droit privé, on songe ici tout particulièrement aux règles générales de protection



de la personne, telles qu'elles s'expriment à travers la notion de « droits de la personnalité ». De prime abord, en effet, la loi de 1978 constitue un prolongement de ces règles générales ; elle ne paraît être qu'un aspect particulier, appliqué à l'informatique, de la protection de la vie privée, du droit au nom, à l'honneur, des libertés... ». LEPAGE Agathe, *Consentement et protection des données à caractère personnel*, in *Le harcèlement numérique*, sous la direction de Jean-Luc GIROT, PRESAJE, Dalloz 2005, p. 240: « ainsi érigé en pièce maîtresse du dispositif de protection des données personnelles, le consentement semble alors conduire irrésistiblement vers les berges des droits de la personnalité. De même que la personne a un droit au respect de sa vie privée ou un droit sur son image, lesquels supposent qu'elle consente par exemple à une révélation sur sa vie privée ou à la diffusion de son image, il y aurait un droit au respect des données personnelles débouchant naturellement sur la nécessité de consentir aux traitements, expression du droit de contrôle de la personne ».

2585 LEPAGE Agathe, *op. cit.*, p. 240.

2586 ANCEL Pascal, *op. cit.*, p. 612: « Par d'autres aspects cependant, le système mis en place par la loi de 1978 semble déborder largement le domaine de la protection des droits de la personnalité. On s'en aperçoit si on considère la définition que la loi donne des informations protégées. Il s'agit, on le sait, de toutes les informations nominatives, c'est-à-dire, selon l'article 4, des « informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes auxquelles elles 'appliquent ». Cette définition peut être rapprochée de celle que donne l'article 2 de la Convention de Strasbourg, aux termes duquel « données à caractère personnel signifie « tout information concernant la personne physique identifiée ou identifiable ». Ainsi, ni la convention, ni la loi ne font, au départ, le tri entre les aspects de la personnalité qui peuvent être concernés par les informations nominatives. En particulier [...] il n'est pas nécessaire, pour qu'une information soit protégée, qu'elle soit relative à la vie privée de l'intéressé [...]. Et on remarque que peuvent aussi bien tomber sous le coup de la loi des données qui, pour la plupart des citoyens, sont extrêmement banales [...] ».

2587 LEPAGE Agathe, « Consentement et protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 231: « Pour autant, l'esprit de la protection de la vie privée et de l'image peut-il aussi aisément se communiquer au domaine des données personnelles? ».

2588 MARINO Laure et PERRAY Romain,, *op. cit.*, p. 67: Les auteurs déduisent de ce qu'il est consacré un droit fondamental à la protection des données personnelles que « la loi informatique et libertés n'accrédite pas la thèse de la propriété des données ».

2589 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 422: « Ainsi, la contractualisation du droit des données personnelles ne peut notamment porter ni sur les conditions de sécurité et de confidentialité du traitement, ni tendre à valider des moyens de collecte déloyale ou un détournement de finalité, ni permettre une durée de conservation plus longue que la réalisation des objectifs du traitement. La voie contractuelle ne peut pas servir à aménager les conditions de transferts des



données personnelles à destination des pays situés hors de l'Union européenne ou celles relatives au traitement du numéro d'inscription au répertoire des personnes physiques. Finalement, il semble que la place laissée à l'autonomie de la volonté soit très réduite puisque ce sont peu ou prou presque toutes les obligations issues de la loi du 6 janvier 1978 qui relèvent alors de l'ordre public ».

2590 Loi du 6 janvier 1978, article 7.

2591 Loi du 6 janvier 1978, article 6.

2592 Code civil, article 537, al. 1 : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois ».

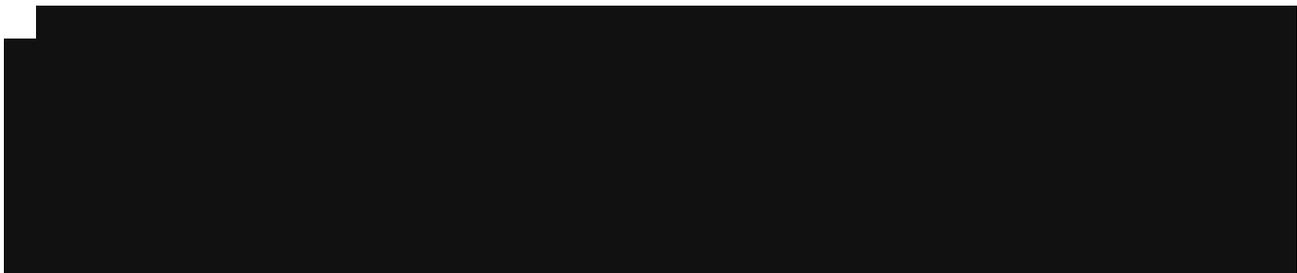
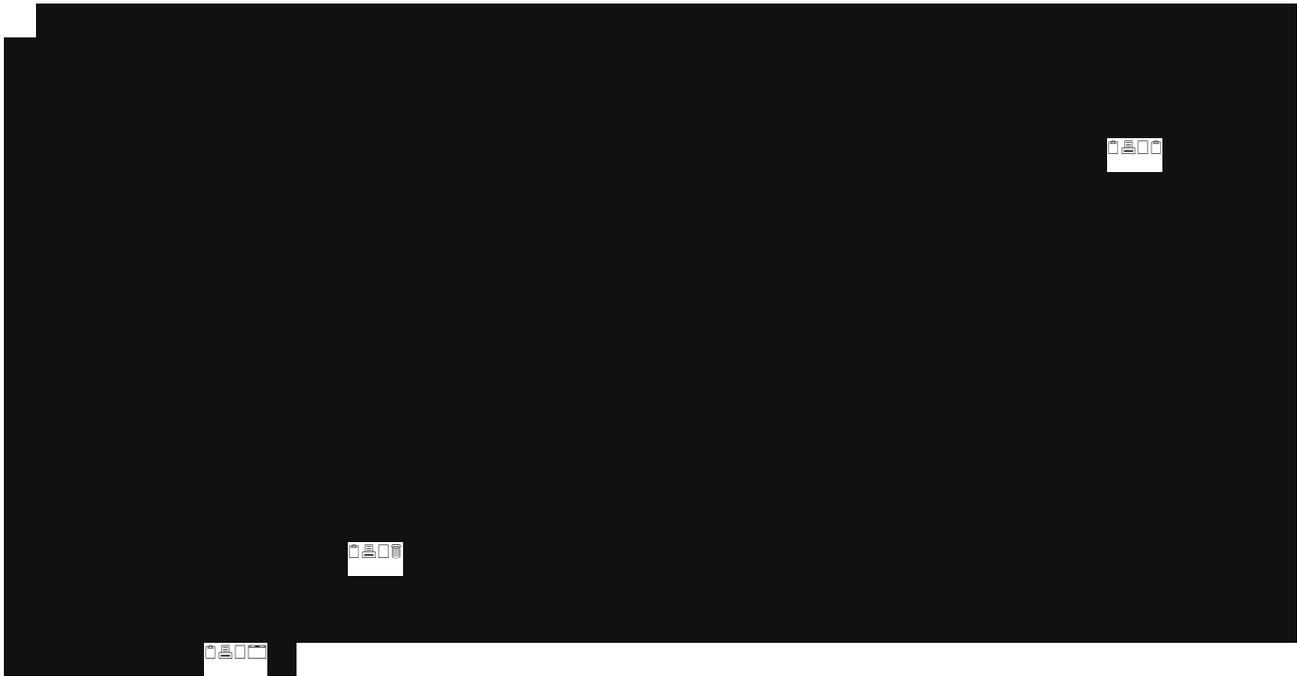
2593 MARINO Laure et PERRAY Romain, *op. cit.*, p. 69: « Un tel dispositif est donc très protecteur des internautes, qui disposent d'une indéniable maîtrise des données les concernant. Du moins, c'est le principe. Car la situation est cependant bien différente en pratique. Force est en effet de constater que la condition du consentement n'est guère respectée et que la protection y est bien souvent illusoire. Nous sommes tellement habitués à avoir nos données collectées que nous n'y faisons même plus attention. Il nous semble que la difficulté ne provient donc en cela pas des textes eux-mêmes, mais plutôt de leur effectivité juridique: ils restent inappliqués ou insuffisamment appliqués ».

## B/ L'indisponibilité de principe des données personnelles

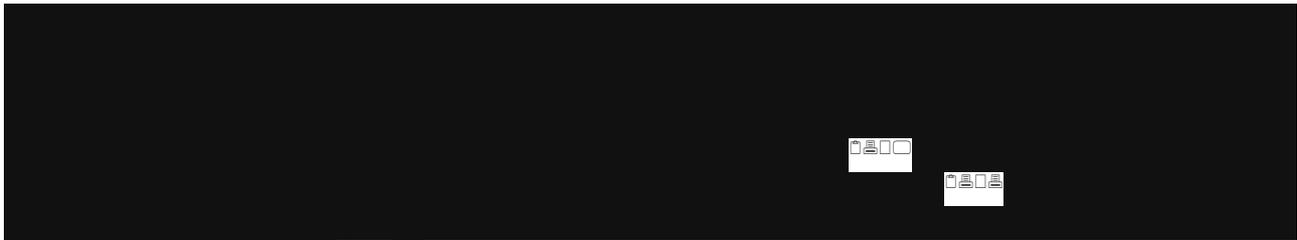
Il résulte du caractère limité du consentement au traitement de données personnelles que ces dernières ne constituent pas des biens ou, au minimum, qu'elles constituent des biens justifiant un statut particulier<sup>2597</sup>. Si les données personnelles doivent être envisagées ainsi, alors peut-on considérer qu'elles entrent dans la catégorie des choses hors commerce au sens de l'article 1128 du Code civil<sup>2598</sup> (1), ce qui n'exclut pas formellement tout commerce à leur égard (2).

### 1) Les données personnelles, choses hors du commerce

- 2594 RIGAUX François, « Les paradoxes de la protection de la vie privée », in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tome 1, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000, p. 45.
- 2595 DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
- 2596 Voir *supra*, dans l'introduction. Mais il convient de noter que c'est là l'objet même de la démonstration accomplie par Jessica Eynard dans sa thèse, précitée, intitulée *Essai sur la notion de données à caractère personnel*.
- 2597 JORF, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Seconde session ordinaire de 1992-1993 (73<sup>ème</sup> séance), Compte rendu intégral, 1<sup>ère</sup> séance du vendredi 25 juin 1993, Intervention de Jean-Pierre BALLIGAND, p. 2289: « Néanmoins, il est difficile de considérer que les données à caractère nominatif puissent être assimilées à un bien ordinaire. Nous pensons à tout le moins qu'elles possèdent une nature particulière qui justifierait un statut particulier. Si l'on s'accorde sur ce point, on conviendra qu'il est difficile de légiférer de façon générale sur les traitements des données de ce type et des libertés qu'ils protègent ».
- 2598 Code civil, article 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».
- 2599 Code civil, article 544 : « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».
- 2600 GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *La formation du contrat, Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ – Lextenso Editions, 2013, p. 242 : « La disponibilité d'un bien peut en effet elle-même se comprendre, non pas seulement comme une qualité juridique de la chose ou du droit, mais comme l'expression d'une liberté du sujet d'agir en maître sur son bien et de décider, en particulier, des actes juridiques dont il en fait l'objet. Réciproquement, l'indisponibilité se présente moins comme un état du droit ou de la chose – son inaliénabilité ou son incessibilité – que comme une entrave à cette liberté du sujet, une restriction à son pouvoir de passer tout acte juridique qu'il souhaiterait relativement au bien. Ainsi comprise, l'indisponibilité se confond avec l'extracommercialité, qui peut, au bout du compte, être définie comme une règle de police par laquelle le droit objectif, dérogeant au principe de libre disposition d'un bien, prive son propriétaire du droit de conclure relativement à celui-ci toute espèce d'actes juridiques ».



- 2601 POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, *op. cit.*, p. 214: « L'argument selon lequel les données à caractère personnel constitueraient en quelque sorte la « propriété aliénable » de la personne concernée ou une marchandise lui appartenant en propre est discutable ». *Contra*, CATALA Pierre, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *Rec. Dalloz*, 1994, chronique, pp. 97-104, n° 27. Pour le professeur Pierre Catala, certaines prérogatives accordées aux personnes fichées par la loi du 6 janvier 1978 comme le droit d'accès ou de rectification constituent des « prérogatives relevant du droit réel ». Ce faisant, ces prérogatives « consacrent implicitement l'appartenance de la donnée nominative à la personne concernée », révélant ainsi l'existence d' « un droit sur l'information personnalisée ».
- 2602 LOISEAU Grégoire, *Le nom objet d'un contrat*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 274, 1997, p. 18.
- 2603 DANOS Frédéric, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse, Economica, 2007, p. 61.
- 2604 GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *op. cit.*, p. 243. Voir également DANOS Frédéric, *op. cit.*, p. 61 : « En tant que possibilité ou faculté, la propriété exprime une liberté dont bénéficie le titulaire du droit vis-à-vis de la chose. Il dispose d'une liberté d'action sur la chose, de la possibilité d'en jouir qui inclut en elle-même, réciproquement, la possibilité de ne pas en jouir ».



- 2605 Code civil, article 16-1, al. 3 : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».
- 2606 BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 22, 2003, p. 714.
- 2607 GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *op. cit.*, pp. 261-262 : « Le contrôle de licéité est également opératoire à propos de ces autres choses qui ont basculé dans le commerce que sont les éléments et produits du corps humain. Leur aptitude à faire l'objet de conventions est reconnue mais sous réserve d'une stricte réglementation : s'écartant des directives légales concernant, notamment, l'anonymat ou la gratuité, c'est le contrôle de la licéité de la prestation qui doit permettre de les condamner ».

[REDACTED]

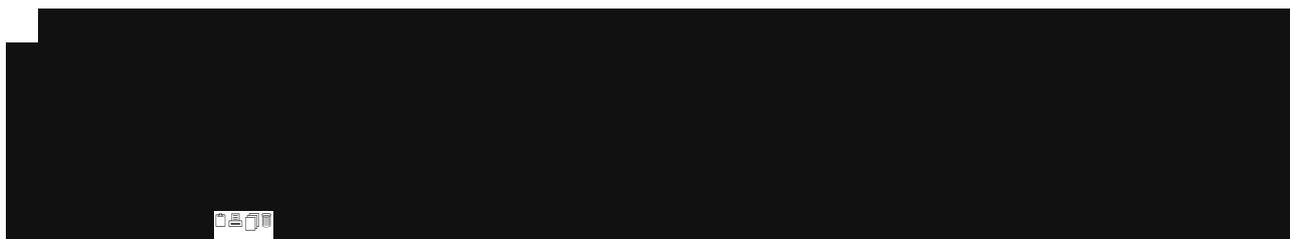
[REDACTED]

## 2) La commercialité limitée des données personnelles



2608 TRUCHE Pierre, *Administration électronique et protection des données personnelles*, Rapport public, La Documentation française, 2002, p. 75: « Alors que la loi dote les individus de droits d'accès, de communication, de rectification et d'opposition sur leurs données qui restent relativement théoriques, la réalité de la société de l'information voit proliférer les collectes et les ventes de données à des fins marchandes, au point que le principal droit sur les données semble parfois être un droit de propriété. Si une telle analyse patrimoniale devait prévaloir, les traitements administratifs et leur régime de contrôle pourraient en subir les effets. Cela justifierait en effet une approche contractuelle de la maîtrise des personnes sur leurs données, et cela remettrait en question le contrôle opéré sur les traitements administratifs, qui est protecteur mais aussi contraignant pour les usagers comme pour les administrations. C'est pourquoi il faut se demander comment doivent s'analyser juridiquement les droits des usagers sur leurs données. Il est tentant en première approche de regarder les personnes comme détentrices d'un véritable droit de propriété sur leurs données ».

2609 ROCHFELD Judith, « Une source nouvelle en droit des contrats : la loi informatique et libertés », note sous Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17037, PB, *Revue des Contrats*, mars 2014, p. 120.

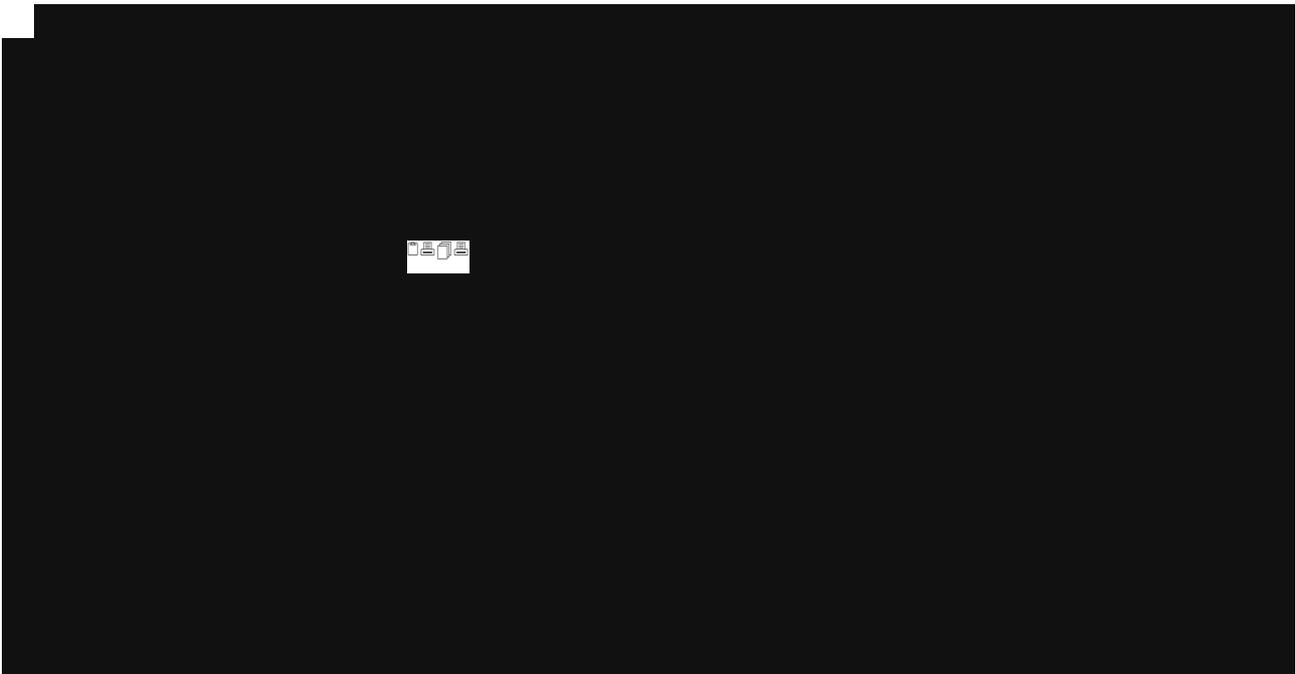


2610 Voir *supra*, titre précédent.

2611 Loi n° 2009-431 du 20 avril 2009 de finances rectificative pour 2009, article 29 : « Le code de la route est ainsi modifié :I. — Le I de l'article L. 330-2 est complété par un 13° ainsi rédigé : « 13° Aux constructeurs de véhicules ou à leurs mandataires pour les besoins des rappels de sécurité et des rappels de mise au point des véhicules. » II. — L'article L. 330-5 est ainsi rédigé : « Art.L. 330-5.-Sous réserve des dispositions des alinéas suivants, les informations nominatives figurant dans les pièces administratives exigées pour la circulation des véhicules ne peuvent être communiquées qu'aux destinataires mentionnés aux articles L. 330-2 à L. 330-4. « Ces informations nominatives sont également communicables à des tiers préalablement agréés par l'autorité administrative afin d'être réutilisées dans les conditions prévues au chapitre II du titre Ier de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal : « — à des fins statistiques, ou à des fins de recherche scientifique ou historique, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord préalable des personnes concernées mais sous réserve que les études réalisées ne fassent apparaître aucune information nominative ; « — à des fins d'enquêtes et de prospections commerciales, sauf opposition des personnes concernées selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article 38 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. » III. (...)»

2612 CLUZEL-METAYER Lucie, « Les téléservices publics face au droit à la confidentialité des données », *RFAP*, 2013/2, n° 146, p. 411.

2613 LOISEAU Grégoire, « La cession d'une fichier de clientèle informatisé n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL est illicite », note sous Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17.037, FS-P+B+I , X. c/ Société Bout-Char, *CCE*, septembre 2013, p. 27 : « Les raisons de l'extracommercialité sont diverses et l'une d'entre elles tient à l'illicéité de la chose elle-même. L'extracommercialité est alors une sorte d'effet rebond d'un interdit plus substantiel qui atteint le bien dans son existence même. Moins qu'extraite du commerce, la chose est condamnée à ne pouvoir en faire l'objet comme une sanction des conditions de son existence. C'est en effet en amont la conception de la chose que le droit interdit ou réglemente et le fait que cet interdit ou cette

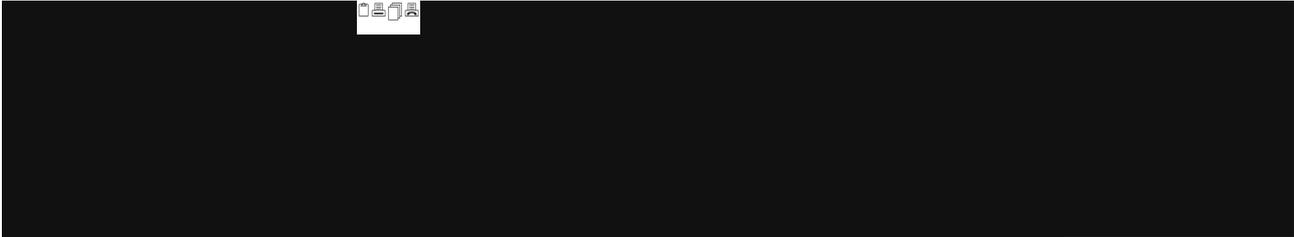


réglementation a été transgressé justifie de proscrire en aval toute possibilité de circulation. Concrètement, s'agissant d'un fichier de clientèle, sa constitution est en soi parfaitement licite. Mais dès l'instant où il contient des données à caractère personnel, il doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL ».

2614 BEAUSSONIE Guillaume, « L'extracommercialité relative d'un fichier informatisé de clientèle », *Rec. Dalloz*, 25 juillet 2013, n° 27, p. 1869.

2615 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, p. 224 et ss.

2616 *Ibid.*, p. 265.



2617 *Ibid.*, p. 172 : « Le principe de finalités déterminées est ainsi au cœur de la confiance que les personnes peuvent avoir dans les services de la société numérique. Lorsqu'elles recourent à de tels services et que des données les concernant sont collectées dans ce cadre, elles doivent avoir l'assurance que ces données ne seront pas utilisées pour d'autres finalités que celles du service, sauf à ce qu'elles en aient été informées ou que la loi le prévoit. Le principe de finalités déterminées est ce qui fait que les données personnelles ne sont pas des marchandises ou, du moins, qu'elles ne sont pas des marchandises comme les autres : elles peuvent être échangées, mais le droit de propriété de leur acquéreur reste limité par les droits de la personne sur ses données, qui impliquent que leur utilisation soit limitée aux finalités pour lesquelles elles ont été initialement collectées ».

2618 BEAUSSONIE Guillaume, *op. cit.*, p. 1869.



2619 GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *op. cit.*, p. 203.

2620 GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *op. cit.*, p. 231.

2621 Conseil d'État, rapport précité, p. 170 ; World Economic Forum, « Unlocking the Value of Personal Data : From Collection to Usage », *World Economic Forum*, 2013, p. 12 : « The potential for new value creation from allowing data to flow and combine with other data needs to be balanced against the potential risks and intrusions this could cause. This requires a shift in thinking from focussing on data protection to enabling data empowerment.

La promotion d'une telle idée fait en outre l'objet d'une entreprise de lobbying, plus ou moins affirmée, tendant à imposer une conception nord-américaine d'une liberté absolue de traitement des données personnelles, là où cette liberté est fortement réglementée en France et dans l'Union européenne.

En effet, dans un régime de totale liberté, les progrès technologiques permettent d'appréhender plus facilement comme biens immatériels les données personnelles et, partant, d'en organiser le commerce. Dit autrement, d'un point de vue strictement factuel, les données personnelles peuvent constituer des marchandises échangeables selon le jeu de l'offre et de la demande. Cette différence fondamentale de conception de la liberté de traitement des données personnelles entre les États-Unis d'Amérique d'une part, la France et l'UE d'autre part, est que, depuis le milieu des années 1990, existe aux États-Unis une profession inconnue en Europe: les courtiers en informations personnelles ou « *Brockers* d'informations ». Ces derniers ont une fonction similaire à celle de « *US Search* » qui « se présente comme une structure payante de recherche de personnes et d'aide à la prise de décision commerciale ou privée reposant sur un réseau de banque de données publiques et privées »<sup>2624</sup>. Mais la généralisation de la commercialisation des données personnelles n'a surgi dans toute son ampleur que peu après l'an 2000<sup>2625</sup>. A cette occasion, une prise de conscience s'est généralisée, celle de la valeur commerciale de ces données personnelles dans une optique de démarchage publicitaire et de segmentation plus fine des marchés<sup>2626</sup>. Cette

It will require a shift from controlling data collection to focusing on data usage ». Or, ce que préconise ce rapport existe déjà : les instruments relatifs aux données sont nettement tournés vers la production du maximum de liberté de traitement des données personnelles, la protection de la personne fichée ne constituant que l'exception.

2622 World Economic Forum, rapport précité, p. 13 : « One of the missing elements of the dialogue around personal data has been how to effectively engage the individual and give them a voice and tools to express choice and control over how data about them is used. Over the past twelve months there has been significant momentum in terms of personal data stores that provide individuals a place to store and control how a copy of their data is used and government initiatives to encourage organisations to give individuals a copy of data about them. Market based mechanisms like this have the potential to give the individuals a real voice and say in how personal data is governed though consumer take-up remains a challenge ».

2623 Le cynisme de la promotion d'un tel « empowerment » d'une partie faible à un échange n'est d'ailleurs pas limité à la seule question des données personnelles, mais a pu être relevé également, pour un usage identique de ce terme, dans les discours internationaux relatifs à l'aide au développement. Sur cette question, voir CALVES Anne-Emmanuèle, « « Empowerment » : généalogie d'un concept clé du discours contemporain sur le développement », *Revue Tiers Monde*, 2009/4 n° 200, pp. 735-749.

2624 LAVENUE Jean-Jacques, « Interopérabilité internationale, interconnexion des fichiers et protection des libertés: interrogation sur le devenir des données transférées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », in CHATILLON Georges (dir.), *Droit de l'administration électronique*, Bruylant, 2011, p. 427.

2625 FRAYSSINET Jean, « La protection des données personnelles et l'entreprise en ligne », in *Le droit de l'entreprise et Internet*, Actes du colloque de Marseille du 15 juin 2001, PUAM, 2002, p. 100 : « Quand le feu fût dans la maison et qu'il fallût réaliser les actifs pour sauver les meubles dans un contexte d'urgence, nombre d'entreprises liées au commerce électronique découvrirent que les fichiers de prospects et de clients contenant des données personnelles brutes ou enrichies, bien que constituant un bien immatériel, possédaient une valeur marchande considérable qui pouvait être offert sur un marché solvable ».

2626 DESGENS-PASANAU Guillaume, *op. cit.*, p. 78: « Les données personnelles sont, tout d'abord, devenues de véritables marchandises: sujettes en 1978 aux seules velléités administratives et policières, c'est aujourd'hui la

prise de conscience a évolué pour aboutir aujourd'hui à un modèle économique nouveau sur internet, celui de la pseudo-gratuité. Dans ce cadre, « Leur vente [celle des données personnelles] est devenue un mode majeur de financement des services Internet, services dont le modèle économique repose en grande partie sur la gratuité (*Facebook* ou *Google* pour les plus connus). Les données à caractère personnel sont ainsi devenues un marché économique à part entière. Leur commercialité, et donc leur aptitude à la circulation juridique, soulève des questions en droit, mais s'impose en fait »<sup>2627</sup>.

En ce qui concerne les droits européens et français, cette considération des données personnelles comme des marchandises ne vaut qu'en fait et non en droit. Elle est en revanche consacrée en droit nord américain<sup>2628</sup>. Cette dernière conception a un écho certain auprès des prestataires de service internet, ce qui n'est pas étonnant dans la mesure où elle trouve son origine dans une approche des données personnelles surdéterminée par le mouvement « *Law and economics* »<sup>2629</sup>.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que s'il existe des intérêts et des conceptions étrangères favorables à l'inscription du droit des données personnelles dans le cadre des droits de la personnalité, tels qu'ils impliquent notamment de reconnaître un droit de propriété, une telle conception n'est pas celle consacrée en Europe à raison du caractère limité du consentement de la personne fichée sur le traitement de ses données personnelles. Une telle inscription paraît d'autant plus improbable que son régime s'analyse comme un droit créance.

### Conclusion du Chapitre 1 :

La consécration d'un droit à la protection des données personnelles dans le droit primaire de l'UE présente l'utilité majeure de renforcer l'effectivité du droit des données personnelles dans certains domaines où, pour des raisons essentiellement politiques et diplomatiques, les garanties de la personne fichées étaient notoirement amoindries.

Mais elle ne peut permettre de résumer à elle seule le droit des données personnelles.

En effet, d'une part, la consécration d'un tel droit n'apporte *a priori* rien de neuf ni de différent à la protection de la personne fichée, en terme de contenu des garanties de ses droits et libertés fondamentales. Certes, il existe un degré d'inconnu dans la mesure où il reviendra au juge de

valeur commerciale des données nominatives qui aiguise l'appétit de nombreuses entreprises. Combinée au rôle croissant attribué au capital humain et au progrès technologique, l'émergence d'une économie fondée sur la connaissance du client (CRM) a intensifié la collecte de données à caractère personnel, comme en témoigne, par exemple dans le secteur bancaire, le développement des outils de segmentation comportementale ». Une telle approche a d'ailleurs été systématisée dans un ouvrage de management: BELLEIL Arnaud, *E-privacy, le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'internet*, Dunod, 2001.

2627 MARINO Laure et PERRY Romain, *op. cit.*, pp. 55-56. Pour une théorisation complète de ce modèle économique, voir BOMSEL Olivier, *Du déploiement de l'économie numérique*, Gallimard, 2007.

2628 SCHWARTZ M. Paul, « Internet Privacy and the State », *Connecticut Law Review*, 1999-2000, vol. 32, p. 858: « *Privacy law is moving from a tort regime to a property one, but considerable reasons exist to doubt that the current privacy market functions well* ». Pour un exemple récent, voir les accords PNR 2004, et notamment l'annexe relative à la Déclaration d'engagement du bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère de la sécurité intérieure, §31: « Afin de réguler la diffusion de données de PNR pouvant être transmises à d'autres autorités désignées, le CBP est considéré comme étant «propriétaire» des données ».

2629 Voir *supra*, introduction générale.

préciser et de définir dans une certaine mesure le contenu des garanties attachées à ce droit. Mais il faut rappeler qu'en procédant ainsi, il ne visera alors qu'à atténuer la souplesse d'encadrement des traitements de données personnelles réalisés par des personnes publiques à des fins de sécurité publique, en rapprochant leur régime de celui, très complet, des traitements de données opérés par les personnes privées. Cette œuvre créatrice du juge risque donc assez prévisiblement d'être limitée pour cette raison.

D'autre part, la consécration d'un droit fondamental à la protection des données personnelles encourage une conception artificiellement autonome de ces dispositions relatives à la protection des données, qui tendrait à considérer ce droit comme un « droit de la personnalité ». Or, ces dispositions ne trouvent de sens que rapportées au cadre d'ensemble du droit des données personnelles, police administrative spéciale. A ce titre, la liberté de traitement des données personnelles ne peut que constituer le principe et sa restriction, pour des motifs de protection de ces données, l'exception.

## Chapitre 2 – La protection des données personnelles, condition de la sécurité juridique de la liberté de traitement

Les instruments relatifs aux données personnelles cherchent à prévenir le potentiel perturbateur de l'invocation des droits et libertés de la personne fichée. Ces derniers ne sont pas alors considérés *in abstracto* au regard de leur fonction de protection de la personne, mais de leur effet d'habilitation légitime à restreindre la liberté de traitement des données. Ces instruments visent donc à prévenir le jeu perturbateur et imprévisible de l'exception *a posteriori* d'ordre public en établissant préventivement un degré adéquat de protection de la personne fichée. Cette finalité se comprend au regard de leur objet, qui est de consacrer et d'aménager la liberté de traitement des données.

Le principe étant la liberté de traitement, tout instrument international en matière de données personnelles s'analyse comme une convention ou une loi de police. Cette fonction de police découle du but de ces instruments, qui est de faire croître l'exercice de cette liberté, en assurant un degré adéquat de sécurité juridique pour ses titulaires désireux d'effectuer un traitement de données personnelles<sup>2630</sup>. Chacun de ces instruments a alors pour but la protection d'un ordre public spécial, c'est à dire la recherche d'un équilibre défini *a priori* entre l'exercice le plus étendu de cette liberté et le respect effectif d'autres droits et libertés.

Que le législateur intervienne, par voie de loi ou de traité, ou pas, est indifférent à l'existence d'une tension entre les éléments de cet ordre public spécial. Cette tension naît du caractère prévisible de l'affrontement entre cette liberté spécifique et ces autres droits et libertés. L'intervention du législateur par une loi ou une convention de police a seulement pour but de trancher préventivement un conflit de lois qui, prévisiblement, ne pourra manquer de se produire au contentieux.

Si le législateur n'intervient pas ou mal, cet ordre public spécial sera défini et protégé *a posteriori* du conflit de lois par le juge. Le défaut d'une telle carence du législateur sera l'établissement d'un ordre public spécial jurisprudentiel, donc par définition moins prévisible et moins systématique que s'il avait été défini *a priori* par le législateur. Dans ce cas, la sécurité juridique relative à l'exercice de la liberté de traitement des données personnelles est moindre.

Un régime de police des données personnelles peut être considéré comme « parfait » s'il joue son rôle en prévenant le conflit de loi et tout contentieux y afférent. *A contrario*, une loi ou une convention de police « imparfaite » est un instrument échouant en tout ou partie à prévenir les conflits de loi, donc à assurer la sécurité juridique de l'exercice de la liberté de traitement des données personnelles. Les causes de cet échec relèvent généralement de l'incapacité du législateur à établir une pesée pertinente des intérêts ou à envisager toutes les possibilités de dévoiement possible de son œuvre. Une telle carence, qui ne relève pas forcément de la distraction du législateur<sup>2631</sup>, peut notamment être révélée par le passage du temps et l'évolution technologique.

2630 Sur cette fonction de concrétisation de la liberté caractéristique de la notion de police, voir *supra*, introduction générale.

2631 Voir *supra* en introduction générale, l'exemple du régime de la police du cinéma, dont l'ordre public spécial a été non pas complété mais écrit par le Conseil d'État dans sa décision précitée Rome-Paris Films. Voir également l'exemple de la police des activités taumachiques, cité dans TEBOUL Gérard, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 153, 1989, p. 39. En effet, la caractéristique de ce régime de police est d'être pour partie défini par la coutume, l'organisation de spectacles taumachiques n'étant pas considéré par le juge administratif comme constituant un trouble à l'ordre public s'il existe une tradition ininterrompue en la matière.

Ainsi, à titre d'exemple, le législateur français ne pouvait raisonnablement anticiper, à la date des débats législatifs, que les dispositions relatives à la publication des résultats des élections présidentielles pourraient ultérieurement, par la généralisation d'internet, être si facilement contournées.

L'échec à établir *a priori* un équilibre juridiquement satisfaisant entre la liberté de traitement et la protection des données entraîne alors l'intervention *contra* ou *praeter legem* du juge, dans le cadre de l'exception d'ordre public. La tendance à la prolifération contemporaine des polices administratives spéciales en droit administratif et des lois de police en droit international privé s'explique par la plus-value en terme de sécurité juridique constituée par l'existence d'une clef de résolution *a priori* des conflits de loi. La prédominance en la matière de lois de police « parfaites » explique la rareté relative du contentieux en la matière dans l'ordre interne. *A contrario*, la situation est plus contrastée dans l'ordre international.

Le droit positif de l'UE illustre ces deux cas de figure. Un aspect de la liberté de traitement des données personnelles, le principe de libre circulation, apparaît ainsi comme régi par un régime de police sinon parfait, à tout le moins peu perfectible (Section 1). L'autre aspect essentiel de cette liberté, la libre disponibilité des données personnelles, se trouve quant à lui faire l'objet, dans le cadre des relations bilatérales euro-américaine essentiellement, d'un régime de police imparfait. Cela explique le caractère très relatif de la sécurité juridique qu'il apporte aux échanges de données personnelles, dans la mesure où le juge se voit contraint de revenir sur des conventions de police particulièrement imparfaites (Section 2).

## *Section 1 – La libre circulation des données personnelles, objet d'un régime de police parfait*

Le principe de libre circulation des données personnelles n'est explicitement consacré qu'en droit de l'UE. Il y poursuit un objectif économique: la libéralisation du commerce international. Les premiers instruments internationaux relatifs aux données personnelles ont ainsi une finalité distincte de la protection des droits et libertés des personnes fichées: ils assurent la sécurité juridique d'une liberté nécessaire à la libéralisation du commerce international. Tel est le cas dans l'UE, où les normes relatives aux données personnelles adoptées dans le cadre de l'ex-premier pilier poursuivent explicitement une finalité d'achèvement ou de perfectionnement du Marché intérieur. L'affirmation d'un principe de liberté de circulation des données personnelles aboutit certes à garantir au niveau international un certain degré de protection des droits et libertés fondamentaux de la personne fichée. Mais cette protection est instrumentalisée au bénéfice d'un objectif premier de recherche de sécurité juridique pour des opérations internationales de transferts de données. Cette finalité économique oriente, définit et explique la consécration en droit international de la liberté de traitement des données personnelles. Cette dernière implique, au titre d'une des nombreuses manifestations de la notion de traitement<sup>2632</sup>, la libre

2632 Directive 95/46 du 24 octobre 1995, article 2, b): ««traitement de données à caractère personnel» (traitement): toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

communication et, donc, la libre circulation des données personnelles.

L'entrée dans la société de l'information a conduit à confronter de manière beaucoup plus fréquente et directe les différents intérêts représentés au sein du droit des données personnelles, à savoir leur libre utilisation et leur protection<sup>2633</sup>. Or, autant les intérêts liés à la garantie des droits et libertés fondamentales des personnes fichées font l'objet d'une littérature fournie, autant ceux liés aux intérêts économiques directement attachés à la libre-circulation des données personnelles ne font l'objet que d'analyses plus rares et, en tout état de cause, incomplètes<sup>2634</sup>. Schématiquement, il existe deux approches économiques de la question: une liée à la question de la libre circulation des marchandises, l'autre liée au commerce électronique. Aucune des deux n'est en soi fautive mais aucune des deux ne suffit à elle seule à épuiser les enjeux économiques motivant le développement qu'a connu le principe de libre-circulation des données personnelles en droit international.

Ces deux approches ne doivent pas être disjointes car elles motivent toutes deux à titre principal la majeure partie des instruments internationaux relatifs aux données personnelles adoptés depuis le début des années 1990. Elles doivent cependant être précisées et complétées sur deux points essentiels.

Le premier est que ces deux approches ne s'avancent pas *a priori* revêtues de cette finalité économique mais plutôt des habits de la défense des intérêts individuels de la personne fichée. Ainsi, les principaux instruments européens en la matière mettent apparemment en avant une fonction de protection des droits de la personne fichée soit en tant qu'individu titulaire de droits et libertés fondamentales, soit en tant que consommateur. Or, cette apparence est trompeuse car la défense de ces intérêts individuels n'est pas accomplie *per se* mais se trouve instrumentalisée au profit d'une même finalité macro-économique: l'achèvement du Marché intérieur.

Ce constat d'un objectif unique pour deux problématiques en apparence distinctes constitue le second point à préciser. En effet, les instruments adoptés par l'UE en matière douanière ont pour but explicite l'achèvement du Marché intérieur ; c'est là même la condition de leur légalité au regard des traités communautaires. Pour autant, expliquer l'adoption par l'UE de normes intéressant la protection des consommateurs comme mue par la même finalité ne semble *a priori* pas aller de soi, tant il semble vrai que le droit de la consommation ressort pour un certain nombre d'auteurs de cet « ordre public de protection » isolé, décrit et analysé par le professeur Gérard Farjat<sup>2635</sup>. Or, si cette qualification est pertinente dans une certaine mesure, elle n'est pas exclusive de la poursuite conjointe d'une finalité propre à l' « ordre public de direction », à savoir une finalité macroéconomique. Tel est le cas en l'espèce, qui révèle que les mesures de protection du consommateur adoptées en la matière par l'UE au titre de cette fonction de protection de la partie faible n'existent qu'au service d'une finalité de direction macroéconomique, à savoir la réalisation du Marché intérieur.

2633 PRADEL Jean, « L'information personnelle: entre le commerce et les libertés », in *Le droit de la communication*, actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, Editions Thémis-Université de Montréal- Litec, 1992, p. 26: « Avec les informations personnelles traitées par voie informatique, le débat reprend une nouvelle jeunesse puisque ces données nominatives se trouvent au confluent de deux logiques, celle de la vie privée et des libertés qui pousse à ne les admettre que parcimonieusement et celle de la publicité, de la communication, de la commercialisation qui conduit à les admettre au sens large ».

2634 Le principe même de libre-circulation des données personnelles n'a ainsi fait à notre connaissance l'objet d'aucune étude doctrinale d'ampleur à ce jour.

2635 Voir *supra*, Première partie, titre 2, chapitre 2.

Il est alors possible de délimiter et de définir clairement les deux volets de l'enjeu économique relatif à la libre-circulation des données personnelles.

Le premier, lié à l'internationalisation du droit des données personnelles, tient à ce que la disparité des régimes nationaux de protection de ces informations est susceptible de constituer tant une entrave à la libre circulation des biens, services et capitaux, que de conduire, quoique de façon plus marginale, à des distorsions de concurrence. Dans ces conditions les exigences nationales liées à la protection des données peuvent être considérées<sup>2636</sup> comme des barrières non tarifaires aux échanges et comme des entraves à la libre-concurrence. Cette considération est ainsi directement à l'origine de la promotion d'instruments internationaux relatifs aux données personnelles, dont l'objectif apparent de garantie des droits fondamentaux des personnes fichées est instrumentalisé au profit de l'achèvement du Marché intérieur (§1).

Le second tient à ce que les NTIC ont permis l'avènement d'un marché électronique international et dématérialisé grâce au réseau international de communication électroniques qu'est Internet<sup>2637</sup>. Si son aspect dématérialisé en fait tout l'intérêt dans la mesure où il permet de s'affranchir des contraintes physiques pour réaliser ou à tout le moins déclencher une opération économique, il le rend par là même fragile. En effet, cette dématérialisation des échanges peut légitimement susciter la méfiance des consommateurs à raison de l'absence de prise avec la réalité physique de cette forme d'opération de commerce. Dans cette optique, l'internationalisation du droit des données personnelles obéit également à une logique consumériste, en ce qu'elle a pour objectif de participer à la construction de la confiance en l'économie numérique (§2).

Dans les deux cas, la finalité poursuivie ressort de ce qui peut être alors légitimement considéré comme la cinquième liberté économique fondamentale communautaire: la libre circulation des données personnelles.

## **§1 – Une libre circulation nécessaire à l'achèvement du Marché intérieur**

La thèse selon laquelle les instruments communautaires adoptés dans le cadre du Marché intérieur auraient pour fondement la protection des droits et libertés de la personne fichée (A) est expressément invalidée par le droit positif, qui met en exergue celui d'achèvement du Marché intérieur (B). Ces deux fondements ne sont pas en soi incompatibles mais le second prime alors sans aucune ambiguïté sur le premier.

### *A/ Un fondement apparent: la protection des droits et libertés fondamentales*

Il existe une opinion, assez répandue, au terme de laquelle les instruments communautaires relatifs aux données personnelles auraient pour objet de renforcer la protection des droits et libertés fondamentaux de la personne fichée (1). Cette opinion ne résiste pas à l'analyse, les Communautés européennes n'étant pas compétentes dans ce domaine à la date de l'adoption de ces instruments (2).

2636 Et elles ont été effectivement considérées comme telles par bon nombre d'auteurs nord-américain dans le cadre de l'*Uruguay Round* et des négociations relatives à la libéralisation du commerce international des services: voir supra, première partie, titre 1, chapitre 2. Nul doute d'ailleurs que de tels qualificatifs ne tarderont pas à faire leur apparition dans le cadre des négociations en cours relatives au traité transatlantique de libre-échange.

2637 Voir supra, première partie, titre 1, chapitre 2.

## 1) Un fondement apparent

Certains auteurs considèrent que la directive 95/46 du 24 octobre 1995 a pour objet la « protection de la vie privée »<sup>2638</sup> ou qu'elle constitue « un instrument de droit dérivé visant à assurer la protection des droits fondamentaux »<sup>2639</sup>. Un tel constat n'est pas faux mais ne rend pas compte de l'ensemble des fonctions de cette directive ainsi que des instruments assurant des fonctions similaires en la matière. Cette assimilation trouve son origine dans le fait que la protection des droits et libertés fondamentales a effectivement pu être présentée comme le fondement de l'adoption d'instruments communautaires relatifs aux données personnelles.

En effet, le souci de protection des droits fondamentaux apparaît historiquement comme premier au sein du premier texte communautaire à notre connaissance relatif aux données personnelles. Ce n'est que très graduellement que le principe de libre-circulation des données sera mis en avant. Ainsi, en 1976, dans la foulée des premières législations nationales relatives aux données personnelles, le Parlement européen invite la Commission à élaborer des propositions législatives « en vue d'assurer les droits de la personne face au développement des progrès techniques dans le domaine de l'informatique »<sup>2640</sup>. Mais au delà de ce premier élan exclusivement tourné vers la protection de la personne fichée, le Parlement européen constate très tôt que « les différentes législations nationales en vigueur ou en cours d'élaboration [...] sont susceptibles d'avoir une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun ». Il en résulte que les dispositions que le Parlement propose à la Commission d'adopter « doivent en premier lieu viser à l'élimination de tout ce qui pourrait constituer une entrave technique aux échanges d'informations »<sup>2641</sup>.

Il faudra attendre 1990 pour que la Commission donne suite à cette demande et présente son premier projet de directive. Le point de départ d'une approche formulée en termes de protection des droits et libertés fondamentaux s'en ressent dès son intitulé, étant « relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel »<sup>2642</sup>. Ce dernier est accompagné d'une communication dans laquelle la Commission justifie son initiative à rebours de cette intention affichée de protection des droits fondamentaux, dans une perspective plus orthodoxe d'achèvement du Marché intérieur<sup>2643</sup>. Elle constate ainsi que « la diversité des approches nationales et l'absence d'un système de protection à l'échelle de la Communauté constituent un obstacle à l'achèvement du Marché intérieur »<sup>2644</sup>. Cette diversité prend la forme

2638 *Internet, enjeux juridiques*, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par Isabelle Falque-Pierrotin, La Document française, Rapport officiel, 1997, p. 67.

2639 DE SCHUTTER Olivier, « Article II-68 », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, LEVADE Anne, PICOD Fabrice (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II : la Charte des droits fondamentaux de l'UE*, Bruylant, 2005, p. 131.

2640 Résolution du Parlement européen du 8 avril 1976 relative à la protection des droits de la personne face au développement des progrès techniques dans le domaine de l'informatique, JOCE C 100 du 3 mai 1976, p. 27.

2641 Résolution du Parlement européen du 8 mai 1979 relative à la protection des droits de la personne face au développement des progrès techniques dans le domaine de l'informatique, JOCE C 140 du 5 juin 1979, p. 34.

2642 Proposition de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, COM (1990) 314 final du 13 septembre 1990, p.10.

2643 Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'informations, COM (1990) 314 final du 13 septembre 1990, p. 2.

2644 Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à

d'une hétérogénéité des législations nationales en matière de protection des données personnelles. A l'époque, « en 1990, sept des douze États membres de la Communauté européenne disposent d'une législation relative à la protection des individus à l'égard des traitements de données personnelles: la République fédérale d'Allemagne, la France, le Danemark, le Luxembourg, la Grande-Bretagne, les Pays-Bas et l'Irlande sont dotés de dispositifs législatifs spécifiques »<sup>2645</sup>. Or, non seulement la situation n'était alors pas comparable entre ces pays et les autres membres de l'UE n'ayant adopté aucune norme en la matière, mais encore, si ces législations avaient toutes peu ou prou le même objectif, elles présentaient des différences notables entre elles. La Commission constate ainsi que « la couverture des fichiers manuels, la protection des personnes morales, les procédures préalables à la création de fichiers, l'étendue de l'obligation de notification, l'information lors de la collecte des données, le traitement des données sensibles, le transfert vers d'autres pays, sont autant de questions qui peuvent faire l'objet d'une approche différente »<sup>2646</sup>. Cette disparité résultant de la diversité des systèmes nationaux avait pour conséquence une insécurité juridique notable accompagnant chacun des transferts de données personnelles existant, et ce tant à l'intérieur de la Communauté que vers les pays tiers. Cette insécurité concernait aussi bien les échanges entre personnes publiques qu'entre personnes privées. Or, le caractère irrésistible de la mutation vers la société de l'information tel que mis en avant par la Commission<sup>2647</sup> ne faisait que souligner davantage la nécessité d'harmoniser le secteur du droit des données personnelles.

## 2) Un fondement contraire au droit primaire

L'affirmation selon laquelle l'« objectif fondamental » de la directive 95/46 serait d'« assurer le respect des libertés et droits fondamentaux des personnes lors du traitement des données à caractère personnel »<sup>2648</sup> est incomplète car elle ne tient pas compte de son fondement juridique. En effet, la Communauté européenne n'avait pas à l'époque compétence pour légiférer en matière de droits et libertés, même si la CJCE en avait intégré certains comme le droit au respect de la vie privée dans ses principes généraux du droit communautaire<sup>2649</sup>. *A fortiori*, les Communautés européennes pas plus que l'UE ne disposaient avant l'adoption du traité de Lisbonne d'un fondement juridique leur donnant explicitement compétence pour adopter des normes visant à protéger les droits fondamentaux. Sur ce point, l'avis de la CJCE 2/94 du 28 mars 1996 ne laisse rétrospectivement planer aucune ambiguïté sur la question, en ce qu'il énonce qu'il « convient de constater qu'aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine »<sup>2650</sup>.

Dans ces conditions, si l'objectif essentiel d'un tel instrument est la protection des droits de l'homme, son adoption s'inscrit *a priori* en dehors des compétences des Communautés

caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'information, 12 septembre 1990, COM (90) 314, p. 4.

2645 COUDRAY Ludovic, *op. cit.*, p. 60.

2646 Première proposition de directive, exposé des motifs, p. 15.

2647 Commission européenne, *Livre Blanc sur la Croissance, compétitivité et emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI<sup>ème</sup> siècle*, COM (1993) 700 final du 5 décembre 1993.

2648 MOAL-NUYTS Carole, « Le transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis conformément au droit européen », *RTDE*, juillet-septembre 2002, n° 38(3), p. 453.

2649 CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commission des CE*, précit..

2650 CJCE, Avis 2/94 du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rec. 1996, p. I-01759, §27.

européennes et constitue une violation frontale de l'article 5 alinéa 2 du TUE, au terme duquel : « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres »<sup>2651</sup>. Ce principe d'attribution des compétences implique la nécessité d'une base juridique pertinente comme fondement de tout acte juridique communautaire, à défaut de quoi cet acte dépourvu de base légale communautaire encourt l'invalidation<sup>2652</sup>.

Toutefois, le TUE aujourd'hui comme le TCE hier permettent un tel écart dans la mesure où il s'avère nécessaire au parachèvement ou à l'approfondissement du Marché intérieur, pour autant que ces interventions hors de son champ de compétence naturelle soient nécessaires et proportionnées. Cette possibilité est ouverte par l'article 114 du TFUE<sup>2653</sup> qui s'applique par dérogation à l'article 115<sup>2654</sup> du traité, et permet au Parlement et au Conseil, après consultation du Comité économique et social, d'arrêter les « mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». De fait, cela donne aux institutions communautaires la possibilité d'intervenir dans tout domaine ayant potentiellement des répercussions en matière d'accomplissement du Marché intérieur. Le champ d'application de l'article 114 du TFUE se révèle ainsi imprévisible, dans la mesure où il est susceptible d'englober tous les domaines, sous la seule réserve que l'harmonisation ait pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Seules échappent à son emprise les matières expressément énoncées par l'article 114§2 TFUE<sup>2655</sup> et celles pour lesquelles le traité interdit aux autorités communautaires d'effectuer une harmonisation. Ainsi, ces exceptions mises à part, toutes les dispositions nationales ayant une incidence sur le traité, qu'elles aient une teneur économique ou pas, sont susceptibles de faire l'objet d'une harmonisation communautaire.

C'est précisément à travers cette brèche que le législateur communautaire de l'époque s'est engouffré pour acquérir une compétence en matière de données personnelles. En effet, la protection des données personnelles assurée au niveau national est susceptible de constituer une entrave à la réalisation du Marché intérieur. Ainsi, le considérant 5 de la directive 95/46/CE souligne que « l'intégration économique et sociale résultant de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur [...] va nécessairement entraîner une augmentation sensible des flux transfrontaliers de données à caractère personnel entre tous les acteurs de la vie économique et sociale des États membres ». Dès lors, « le rapprochement des dispositions législatives nationales en vue de l'achèvement du marché intérieur intervient parce que l'importance de la protection des données à caractère personnel et de la vie privée est établie et que cette protection peut justifier une dérogation aux libertés prévues par le droit

2651 Ce principe n'a que peu changé dans le fond avec l'adoption du traité de Lisbonne: l'ancien article 5 du TCE disposait en effet que « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ».

2652 WACHSMANN Anne, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, janvier 1993, pp. 1-5 ; PETER Bertrand, « La base juridique des actes en droit communautaire », *RMCUE*, 1994, pp. 324-333.

2653 Anciennement article 100 A du traité instituant la communauté européenne, devenu article 95 TCE après la renumérotation opérée par le Traité d'Amsterdam. En effet, l'article 95 TCE inséré dans les traités par l'Acte unique européen en 1986.

2654 Anciennement article 94 TCE.

2655 Art. 114§2: « Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés ».

communautaire »<sup>2656</sup>. Cet impact de la protection des données personnelles sur l'achèvement du Marché intérieur explique « pourquoi l'harmonisation des législations nationales est effectuée au titre de la liberté de circulation, pour laquelle la Communauté européenne est compétente en vertu du traité CE, et non au titre de la protection des droits fondamentaux »<sup>2657</sup>. Dans ces conditions, l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles par l'UE ne se comprend que dans l'optique de l'achèvement du Marché intérieur. Les droits fondamentaux protégés ne constituent à ce titre qu'une matière comme une autre à harmoniser pour la réalisation de ce dernier.

La compréhension de ce processus non comme une harmonisation communautaire classique mais comme une extension de compétence en matière de droits de la personne a fait l'objet d'une sévère contestation de la validité de la directive 95/46 dans les deux affaires où la CJCE n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano.

Ce dernier, dans ses conclusions sous l'arrêt *Bodil Lindqvist*<sup>2658</sup> présentées le 19 septembre 2002, donne raison à la requérante qui excipait de l'incompétence du droit communautaire à régir la situation ayant donné lieu à litige. En effet, Mme Lindqvist s'était vue accuser d'avoir enfreint la législation suédoise relative aux données personnelles en publiant sur son site Internet des données nominatives concernant un certain nombre de personnes qui travaillaient comme elle à titre bénévole dans une paroisse de l'Église protestante de Suède. Mme Lindqvist n'avait ni informé ses collègues de l'existence de ce traitement de données, ni recueilli leur consentement, ni déclaré sa démarche auprès de l'équivalent suédois de la CNIL, la *Datinspektion*. Elle a supprimé les pages visées dès qu'elle a appris que celles-ci n'étaient pas appréciées par certains de ses collègues, mais le ministère public n'en a pas moins engagé des poursuites à son encontre pour infraction à la législation suédoise relative aux données personnelles. C'est dans le cadre de cette procédure pénale que la juridiction suédoise concernée a posé à la CJCE une question préjudicielle portant notamment sur la compétence du droit communautaire, en tant qu'il fondait directement la législation suédoise litigieuse. En effet, « Mme Lindqvist considère que seuls les traitements de données à caractère personnel effectués dans le cadre d'une activité économique relèvent du champ d'application de la directive, laquelle ne viserait par conséquent pas un traitement (tel que celui qui nous intéresse) effectué sans aucune rémunération et en dehors de toute activité à caractère économique ». La requérante en conclut que, dans le cas contraire, « il se poserait un problème de validité de la directive, l'article 95 CE (sur la base duquel la directive a été adoptée) ne permettant pas de réglementer au niveau communautaire des activités qui n'ont aucun rapport avec l'objectif de la réalisation du marché intérieur. Soumettre de telles activités à une directive d'harmonisation adoptée sur la base de cet article impliquerait en fait une violation du principe consacré à l'article 5 CE, en vertu duquel la « Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité »<sup>2659</sup>. Dans ses conclusions, l'avocat général validera une telle interprétation en considérant d'une part que « l'article 100 A du traité ne saurait être invoqué à titre de fondement de mesures qui dépassent les finalités spécifiques mentionnées dans cette disposition, à savoir pour des mesures qui ne seraient pas justifiées par l'objectif de favoriser « l'établissement et le fonctionnement du

2656 LEVALLOIS-BARTH Claire, *La protection européenne des données à caractère personnel et de la vie privée dans le contexte des réseaux et services de communications électroniques*, Tome 1, thèse, Rennes I, 2003, p. 56.

2657 LEVALLOIS-BARTH Claire, , *op. cit.*, p. 57.

2658 CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, précit..

2659 Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 19 septembre 2002 dans l'affaire CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, précit.., §29.

marché intérieur»<sup>2660</sup> et, d'autre part, en considérant qu'une telle compétence ne pouvait se justifier par un objectif de protection des droits fondamentaux, en l'absence de titre global de compétence dévolu aux institutions communautaires<sup>2661</sup>.

Dans ses conclusions présentées le même jour que celles sous l'arrêt Bodil Lindqvist, l'avocat général Antonio Tizzano, confronté à la même question, a répondu de manière parfaitement similaire : « La sauvegarde des droits fondamentaux représente par conséquent une valeur importante et une exigence dont le législateur communautaire a tenu compte en définissant les dispositions harmonisées nécessaires pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, mais ne constitue pas un objectif autonome de la directive. Il faudrait considérer sinon que la directive vise également à protéger les individus à l'égard du traitement des données à caractère personnel indépendamment de l'objectif consistant à favoriser la libre circulation de ces données, avec la conséquence incongrue de faire relever du champ d'application de celle-ci également des traitements effectués pour l'exercice d'activités ne présentant aucun rapport avec l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »<sup>2662</sup>.

Dans les deux cas, la CJCE se contente d'invalider implicitement la position défendue par son avocat général, sans aucune argumentation en ce sens dans le texte de la décision et en n'abordant que tardivement la question, estimant de manière particulièrement elliptique que l'objectif essentiel de cette directive est de « rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres afin d'éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur découlant précisément des disparités entre les législations nationales »<sup>2663</sup>.

## *B/ Un fondement réel: l'achèvement du Marché intérieur*

L'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles dans le cadre du premier pilier de l'UE n'a pas pour objet la protection de la personne fichée, mais l'achèvement du Marché intérieur dans ses volets douanier (1) et concurrentiel (2).

### **1) Dans une optique majoritairement douanière**

La compétence en la matière dérive du constat de la nécessité d'une harmonisation: les droits et libertés fondamentales ne peuvent faire systématiquement l'objet d'un constat d'équivalence en termes de protection par les différents États membres. Il n'est donc *a priori* pas pertinent de se contenter en la matière d'une harmonisation minimaliste qui passerait par l'édition d'un principe de reconnaissance mutuelle. Choisir cette solution aurait conduit à des blocages récurrents et difficilement prévisibles aux libertés de circulation: « on ne s'en tirera pas, pour des motifs techniques et économiques, avec une dialectique du type « *Cassis de Dijon* » en laissant à chaque État membre le soin de régler ces problèmes, chacun pour son compte et pour le seul territoire

2660 Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano précitées, §42.

2661 Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano précitées, §43: « En ce qui concerne spécifiquement la protection des droits fondamentaux, nous rappellerons que dans l'avis 2/94, rendu après l'adoption de la directive, la Cour a explicitement affirmé qu'« aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme » ».

2662 Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 19 septembre 2002 dans l'affaire CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, précit., §53.

2663 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, précit., §42 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, précit., §41.

national: les messages, tout simplement, ne circuleraient pas »<sup>2664</sup>. Et contrairement à une opinion émise par un auteur, à raison de son caractère avéré d'exception d'ordre public, il n'était pas dit que les droits de la personne fichée pâtissent de la situation davantage que la liberté de traitement des données<sup>2665</sup>.

L'objectif de garantie des droits fondamentaux par l'adoption d'un référentiel communautaire unique de protection des données personnelles dans le domaine de l'ex-premier pilier se trouve alors instrumentalisé purement et simplement au bénéfice de la finalité réellement recherchée par la Commission: assurer la libre-circulation des données personnelles et, par là même, la sécurité juridique des échanges électroniques. L'instrumentalisation des droits fondamentaux au profit de l'accomplissement des finalités du Marché intérieur ne constitue certes pas une première en droit communautaire<sup>2666</sup>, mais il trouve dans le domaine du droit des données personnelles son illustration la plus flagrante.

La notion de libre-circulation des données personnelles est explicitement consacrée comme l'un des deux objectifs de l'adoption d'instruments relatifs aux données. La directive 95/46 du 24 octobre 1995 constitue le premier instrument communautaire en la matière. Son intitulé exact indique qu'elle est « relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ». La juxtaposition de ces deux objectifs que sont la protection et l'utilisation des données personnelles dans ce titre n'est qu'apparente. Elle ne signifie pas que ces deux objectifs sont poursuivis de concert, pour ainsi dire sur un pied d'égalité. En fait, la situation est similaire au droit interne, qui consacre, au sein des instruments relatifs aux données, la liberté d'utilisation comme but, et la protection des données personnelles comme la limite à ce but<sup>2667</sup>. Ce caractère explicite est confirmé et amplifié par

2664 MERTENS DE WILMARS Josse, « Avant propos », in CELIM, *Droit communautaire et liberté des flux transfrontières*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1988, p.7. Voir également COUDRAY Ludovic, *op. cit.*, p. 21: « De façon flagrante, les objectifs communautaires sont ici confrontés aux préoccupations nationales. L'exigence communautaire de suppression des entraves aux libertés de circulation se trouve en opposition directe avec les législations nationales de protection des données personnelles: l'objectif de construction du marché intérieur est contrarié par les exigences nationales de protection des individus ».

2665 MEYER-HEINE Anne, « Droit constitutionnel et droit communautaire. Le droit constitutionnel français, instrument de remise en cause de la proposition de directive communautaire relative à « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel » », *RFDC*, 1995, n° 23, p. 637: « En l'absence d'harmonisation des droits internes, la libre circulation des données risque de remettre en cause les libertés individuelles de la personne fichée ».

2666 DE SCHUTTER Olivier, « Les droits fondamentaux dans le projet européen – Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in DE SCHUTTER Olivier et NIHOUL Paul (dir.), *Une Constitution pour l'Europe - Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, p. 81: observant l'évolution de la considération des droits fondamentaux dans le cadre de la construction communautaire, l'auteur relève que la consécration et la garantie des droits fondamentaux peut constituer une « fonction instrumentale ». Il définit cette dernière ainsi: « plutôt que d'être poursuivis pour eux-mêmes, les droits fondamentaux sont apparus jusqu'à présent en ordre dispersé, en fonction des nécessités liés aux progrès de la construction européenne ».

2667 Une telle distinction se retrouve d'ailleurs formulée à l'occasion dans les actes précisant cette première directive. Voir ainsi la Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, Journal officiel n° L 024 du 30/01/1998 p. 0001 – 0008, considérant n° 1: la « directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données requiert que les États membres protègent les droits et les libertés des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et notamment le droit au respect de leur vie privée, afin d'assurer la libre circulation des données à caractère personnel dans la Communauté ».

l'article 1<sup>er</sup> de la directive 95/46, qui impose dans son premier paragraphe son application dans un but de protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, pour préciser dans son deuxième paragraphe que les États membres « ne peuvent restreindre ni interdire la circulation des données à caractère personnel pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1 ». Cette finalité principale de la directive 95/46/CE est explicitement mise en avant par la CJUE elle-même<sup>2668</sup> ou par la voie de certains avocats généraux<sup>2669</sup> ainsi que dans les contributions de certains auteurs<sup>2670</sup>.

La directive 95/46 ne constitue ainsi pas un « texte de compromis, tentant de concilier logique marchande et logique humaniste »<sup>2671</sup>, mais une norme articulante et hiérarchisant ces deux logiques. Elle ne recèle aucune « ambiguïté »<sup>2672</sup> dans la mesure où elle ne constitue qu'une mise en œuvre classique du processus d'harmonisation communautaire.

Par ailleurs, l'affirmation d'une telle liberté n'implique pas un nivellement par le bas des garanties des droits fondamentaux dans l'UE<sup>2673</sup>. Une telle appréhension relèverait d'une perception faussée de la mission dévolue aux Communautés européenne puis à l'UE en tant qu'union douanière au sens de l'article 24 du GATT. En effet, son rôle n'est pas de procéder à une extension forcée de la sphère marchande aux « choses hors commerce » mais de promouvoir la paix sur le continent européen par le développement économique. Cette promotion du développement économique des États membres de l'UE est d'abord passée, de manière prépondérante, par l'établissement d'un « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux, est assurée »<sup>2674</sup>. Dans cette optique,

2668 CJUE (grande chambre), 9 mars 2010, C-518/07, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, §20: « Concernant, en deuxième lieu, les objectifs de la directive 95/46, il ressort notamment des troisième, septième et huitième considérants de celle-ci que, par l'harmonisation des règles nationales protégeant les personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel, cette directive vise principalement à assurer la libre circulation de telles données entre États membres (voir, en ce sens, arrêt du 20 mai 2003, Österreichischer Rundfunk e.a., C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Rec. p. I-4989, points 39 et 70), qui est nécessaire à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur, au sens de l'article 14, paragraphe 2, CE ».

2669 Conclusions de l'avocat général Jan Mazak présentées le 12 novembre 2009 dans l'affaire CJUE, gr. ch., 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne, précit.*, §2: « En d'autres termes, la directive 95/46 vise à établir un équilibre entre, d'une part, la libre circulation des données à caractère personnel, qui constitue un des éléments essentiels du fonctionnement du marché intérieur, et, d'autre part, la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques ».

2670 LECLERCQ Pierre, « Loi du 6 août 2004. Les transferts internationaux de données personnelles », *CCE*, février 2005, p. 29: « La directive européenne a eu pour objectif essentiel de permettre une libre circulation des données personnelles à l'intérieur du territoire de l'Union, et de contrer les créations de « paradis de données » à l'extérieur ».

2671 RAYNAUD Julien, « Informatique et données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 526.

2672 LEPAGE Agathe, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, 2002, pp. 30-31.

2673 Cette crainte a été notamment exprimée au niveau français par la CNIL, à l'occasion de sa prise de connaissance du premier projet de directive en matière de protection des données personnelles. Voir ainsi CNIL, 11<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1990, La Documentation française, 1991, pp. 48-49: « La protection apparaît plus comme une condition du développement économique que comme une réponse aux menaces qu'un fichage accru et mieux outillé fait peser sur les autonomies individuelles. Il s'agit de faciliter la circulation des informations et d'assurer l'essor de l'informatique et des services de télécommunication en supprimant les disparités de protection perçues comme un obstacle. S'il est naturel que la Commission des Communautés, compte tenu de sa vocation, aborde le problème sous cet angle, il n'est pas certain que cette approche puisse permettre à elle seule, d'établir le haut niveau de protection auquel par ailleurs, on souhaite parvenir. Tout en effet n'est pas marchandise et certaines données personnelles, à l'instar des organes, ne devraient en aucun cas pouvoir faire l'objet d'un commerce ».

2674 Art. 26§2 TFUE, anciennement art 14§2 TCE.

les autorités communautaires ont été chargées de favoriser et de promouvoir l'exercice des libertés de circulation prévues par le droit primaire de l'Union afin d'aboutir à un Marché intérieur unifié. La CJCE définit cette fiction fondatrice comme un effort pour éliminer « toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur »<sup>2675</sup>. La réalisation d'un tel marché dans lequel les libertés communautaires s'exerceraient librement nécessite d'une part que soient levés les obstacles préalables d'origine étatique et que, d'autre part, soient prévenus et réprimés les comportements des acteurs économiques susceptibles d'aboutir à de tels effets. Le premier domaine recouvre l'élimination des barrières tarifaires et non tarifaires au commerce entre États membres et le second le droit de la concurrence communautaire.

Le caractère mesuré de ce projet se matérialise par la consécration tant dans les traités fondateurs que dans la jurisprudence communautaire la plus ancienne d'un certain nombre d'exceptions légitimes à la libéralisation des échanges. En outre, imaginer que l'objectif de la construction communautaire est une extension incontrôlée de la sphère marchande ne serait pas pertinent par rapport à l'objectif de création d'un Marché intérieur, qui ne cherche à accomplir qu'une libéralisation des échanges, c'est à dire l'affirmation d'une égalité de tous les produits et services nationaux des États membres de l'Europe à l'égard des règles de libre-circulation. Il en résulte que seul compte pour ce projet l'établissement de cette égalité de traitement, qui peut ainsi tout à fait indifféremment être réalisée avec de bas comme de hauts niveaux de protection dans n'importe quel secteur extra-économique. Pour ainsi dire, dans l'accomplissement du Marché intérieur, peu importe pour l'UE la qualité du standard choisi pourvu qu'il permette d'assurer effectivement cette égale liberté de circulation des biens, services, personnes et capitaux. Or, ce souci d'effectivité suppose un alignement sur les plus hauts standards de protection dans les domaines couverts par des exceptions nationales d'ordre public. Pour des raisons tant d'effectivité de la norme communautaire que pour la paix sociale, le choix de l'« effet Californie » apparaît comme préférable à ce lui de l'« effet Delaware »<sup>2676</sup>. Un tel procédé n'est pas propre au droit des données et trouve une illustration supplémentaire dans le domaine de la brevetabilité du vivant, dans lequel la directive de 1998 relative à la brevetabilité du vivant fixe, dans ses articles 4, 5 et 6, des limites expresses à la mise sur le marché des « choses hors commerce » dans le but d'assurer une certaine sécurité juridique à la circulation des inventions biotechnologiques<sup>2677</sup>.

Enfin, les enjeux de cette harmonisation dépassent de loin le seul domaine de la libre circulation des marchandises. Évoquer les libertés économiques communautaires constitue une première étape nécessaire, pertinente et rarement relevée<sup>2678</sup> pour déterminer les enjeux du droit européen des données personnelles. Mais l'identification de cette ou de ces libertés doit être précisée pour

2675 CJCE, 5 mai 1982, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV c/ Inspecteur des droits d'importation et des accises, de Roosendaal*, aff. 15/81, Rec. 1982, p. 1409, §33.

2676 Voir *supra*, chapitre précédent.

2677 Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JOCE L 213 du 30 juillet 1998, p. 13.

2678 THOMAS-SERTILLANGE Jean-Baptiste, « Libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur et de l'ELSJ et nouveaux outils de régulation: perspective européenne », in BERGE Jean-Sylvestre et OMARJEE Ismaël (coord.), chronique de droit européen et comparé n° XXIX, *LPA*, 3 février 2011, n° 24, p. 4: « l'exercice de nos « libertés technologiques, sorte de démembrement des libertés économiques garanties au sein du marché intérieur » et p. 5: « Ainsi, le droit positif de la protection des données, aujourd'hui majoritairement issu de la directive [95/46 du 24 octobre 1995], n'est pas un droit qui nous protège de *Big Brother* et de l'État omniscient. C'est à l'origine un droit de la régulation des libertés économiques et technologiques au sein du marché intérieur ».

éviter le contresens au terme duquel l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles ne peut être exclusivement recherché dans la liberté de circulation des biens. Il apparaît en fait bien davantage lié à la libre circulation des services et des capitaux. A cet égard, la libre circulation des données personnelles se trouve impliquée par la liberté de prestation de services<sup>2679</sup>, qui fonde ainsi la compétence de l'UE pour adopter des normes en matière de données personnelles telles que la directive 95/46 ou la directive 2002/58.

Cette compétence n'est ainsi pas fondée sur la libre circulation des marchandises, pourtant mise en avant par la doctrine<sup>2680</sup>. Cette approche ne peut être retenue pour trois raisons. D'abord en ce que l'affirmation du principe de libre circulation des données personnelles dépasse la seule dynamique communautaire pour concerner le droit international économique au delà de la sphère européenne. Ensuite parce que cette affirmation s'inscrit dans le cadre d'une politique économique dépassant le strict domaine des marchandises<sup>2681</sup> pour s'inscrire dans une politique plus globale de « marché commun de l'information »<sup>2682</sup> passant en grande majorité par le développement de la liberté de prestation de services<sup>2683</sup>. Enfin parce que cette approche limitée des intérêts économiques liés à la liberté de traitement des données personnelles favorise le risque d'assimilation du droit des données personnelles à un droit de la personnalité. En effet, cette opinion revient à postuler que les données personnelles constituent des marchandises en droit communautaire, ce qui alimente l'idée qu'elles seraient susceptibles de constituer un bien patrimonial comme un autre<sup>2684</sup>.

Les enjeux douaniers de l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles sont donc assez importants pour considérer la libre circulation de ces données comme la cinquième liberté économique fondamentale en droit de l'UE. En effet, comme en droit interne, la liberté de traiter des données personnelles constitue le principe, et sa restriction l'exception. Cela se traduit par l'édition d'un régime permissif de l'utilisation des données personnelles<sup>2685</sup>. Son énoncé, tout

2679 Voir *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2.

2680 LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.*, p. 97: « la compétence communautaire a été acquise au prix de l'assimilation des données à caractère personnel à des marchandises ce qui constitue une réelle évolution de la philosophie du droit ». RAYNAUD Julien, « Informatique et données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 526: « On ne reviendra pas sur la philosophie animant la directive de 1995, assimilant les données personnelles à des biens ».

2681 BLANDIN-OBERNESSER Annie, « Vers l'affirmation d'une identité européenne sur internet », in BLANDIN-OBERNESSER Annie (dir.), *L'Union européenne et internet*, Éditions Apogée, Publications du Pôle européen Jean-Monnet Université Rennes I, 2001, p. 187, à propos de la directive 95/46: « La directive constitue la base de la position communautaire dans ce domaine née de la volonté d'assurer la protection des données au titre bien sûr de la protection des droits fondamentaux mais aussi de la nécessité de faciliter la libre circulation de ces données parce qu'elles sont dotées d'une valeur marchande dans le contexte du développement du commerce électronique »; DESGENS-PASANAU Guillaume, *op. cit.*, p. 85: « C'est d'ailleurs bien au motif que les données personnelles ont été considérées comme des marchandises que l'Union européenne a pu intervenir sur ce sujet ».

2682 Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final, p. 138: « Les problèmes posés par la libre circulation de l'information et par le fonctionnement et la promotion des services d'information sont traités dans le cadre de la politique communautaire pour un marché commun de l'information ».

2683 Sur cette dynamique, voir *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2.

2684 Or, tel n'est pas le cas (voir *supra*, chapitre 1), mais la formulation de cet instrument a pu faire douter certains auteurs parmi les plus avertis. Voir à cet égard LEPAGE Agathe, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, 2002, pp. 30-31, à propos de la directive 95/46: « l'inspiration de la directive est quelque peu ambiguë » selon l'auteur car, aux considérations de protection des droits fondamentaux de la personne, s'ajoutent des préoccupations « mêlées d'une certaine patrimonialisation de ce domaine ».

2685 Voir *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2.

aussi abstrait qu'en droit interne, doit être précisé au regard de ses manifestations concrètes. Or, ces dernières révèlent dans la liberté de traiter des données personnelles une similarité fonctionnelle avec les quatre libertés économiques fondamentales consacrées par le droit primaire<sup>2686</sup>. En effet, elle constitue une faculté dont le caractère libre conditionne la pleine réalisation du Marché intérieur en matière douanière pour ce qui concerne le commerce des services.

## 2) Dans une optique plus marginalement concurrentielle

Les enjeux de l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles en matière de droit de la concurrence sont bien moindres qu'en droit douanier, du fait de la patrimonialité limitée dont peuvent faire l'objet ce type de données. Cela restreint d'autant le cadre des marchés légaux de données personnelles et, par contre-coup, les obligations corrélatives de respecter le droit de la concurrence à leur égard. Pourtant, de tels cas existent<sup>2687</sup> mais leur existence est marginale au regard des enjeux précédemment évoqués liés à la libre prestation de services, hors l'hypothèse de la considération des données personnelles comme des facilités ou infrastructures essentielles.

En droit de la concurrence, ce dernier terme désigne « des installations ou des infrastructures indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables »<sup>2688</sup>. Une telle qualification implique un droit d'accès non discriminatoire au profit des concurrents à cette infrastructure ou ressource essentielle. La méconnaissance de ce droit d'accès est constitutive, sauf justification objective, d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE. Or, la détention de fichiers comportant des données personnelles appelle une telle qualification<sup>2689</sup> lorsqu'elle découle notamment d'une obligation d'assurer le service public en tant qu'opérateur historique. Revêtent donc une telle qualification les fichiers de clientèle de France Télécom. Ainsi, cette dernière a pu se voir condamner pour abus de position dominante lié à un détournement de cette facilité essentielle lui conférant un avantage déloyal sur ses concurrents<sup>2690</sup>. La qualification de fichiers de données personnelles par le droit de la concurrence n'appelle pas

2686 Une telle similarité avec les quatre libertés économiques fondamentales déjà consacrées a été relevée par certains auteurs. Voir RAYNAUD Julien, « Informatique et données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 524: « L'immixtion du droit communautaire s'appuie ici sur le fait que le fonctionnement du marché intérieur nécessite la libre circulation entre États membres des données à caractère personnel, dont le traitement est présenté comme étant au service de l'homme puisqu'il doit contribuer au progrès économique et social (...). Cette promotion d'une nouvelle forme de libre circulation (outre les quatre classiques: marchandises, personnes, services et capitaux) doit néanmoins se concilier avec la nécessaire sauvegarde des droits fondamentaux reconnus aux individus ».

2687 BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 1998, p. 13: « Les bases de données personnelles constituent donc désormais un marché à part entière. Leur constitution et leur traitement sont l'élément principal de la valeur ajoutée produite par un grand nombre d'entreprises de services: vente par correspondance, agences de relations publiques, agences de casting, conseils en recrutement, entreprises de travail temporaire. (...). Ce marché de l'information est soumis au droit de la concurrence, et le droit de commercialiser des données personnelles se rattache à la liberté d'entreprendre ».

2688 CA Paris, 9 sept. 1997, Héli-inter Assistance : BOCCRF 7 oct. 1997, p. 692.

2689 ART, Avis n° 97-157, 11 juin 1997 : ART, rapp. pour 1997, ann. p. 320.

2690 CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. A., 1<sup>er</sup> sept. 1998, SFR c/ SA France Télécom : D. 1998, act. jurispr. p. 1559 ; LDPA nov. 1998, p. 5. Dans cette affaire, la cour a jugé que la possession du fichier de l'ensemble des abonnés au service public du téléphone constitue, pour France Télécom, une facilité essentielle. Par conséquent, l'envoi, couplé aux factures, de prospectus publicitaires concernant ses activités de téléphonie mobile, constitue un détournement de cette facilité essentielle, désavantageant les opérateurs de mobile concurrents.

aujourd'hui de critique ni ne revêt d'enjeux particuliers. Tel n'a pas toujours été le cas.

En effet, avant l'adoption de la directive 95/46 qui a permis d'harmoniser les relations entre le droit des données personnelles et la réalisation du Marché Intérieur, des conflits entre ces deux intérêts commençaient à voir le jour. Un exemple très révélateur de ce que l'adoption de cette directive a permis d'éviter nous est donné par une décision de la Cour d'appel de Paris du 7 févr. 1994<sup>2691</sup>. Dans cette affaire, le litige opposait la Société CMS qui visait à contraindre France Télécom à lui fournir l'intégralité de la liste des abonnés professionnels figurant dans ses propres annuaires, y compris les abonnés figurant sur la liste dite orange. Cette dernière résultait de l'article R. 10-1 de l'ancien Code des postes et télécommunications qui appliquait la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dans sa version alors applicable. Cette liste orange avait pour spécificité de regrouper tous les abonnés s'opposant à voir leurs coordonnées librement utilisées pour des opérations de démarchage commercial, publicitaire ou d'appel à la générosité publique. Elle reconnaissait ainsi, « en quelque sorte, le « droit d'être laissé tranquille » »<sup>2692</sup>. En accord avec les dispositions du Code des postes et télécommunications, France Télécom avait alors refusé de céder à la société CMS les coordonnées des abonnés figurant sur cette liste. La société CMS considérait que ce refus s'analysait de manière prépondérante, nonobstant les obligations en terme de protection des données personnelles, comme un abus de position dominante proscrit en droit communautaire aux articles 86 et 90§1 du Traité de Rome dans sa version alors en vigueur. La Cour a donné raison au requérant en retenant la violation du droit de la concurrence, et en enjoignant à France Télécom de communiquer cette liste à la société CMS.

L'on peut s'interroger sur le sens de la conciliation opérée par la Cour entre les exigences du droit communautaire de la concurrence et celles de la protection des données personnelles, à la défaveur de ce dernier intérêt. En effet, le juge a fait primer le droit de la concurrence sur les dispositions réglementaires du code des postes et télécommunications qui résultaient directement des dispositions de la loi dite « informatique et libertés », en considérant qu'« en ce qu'elles amènent France Télécom à exploiter de façon abusive sa position dominante dans les conditions ci-dessus décrites, les dispositions des articles R. 10-1 du Code des postes et télécommunications et 7 de son cahier des charges sont, par l'effet des articles 86 et 90, paragraphe 1 du traité, de plein droit inapplicables en la cause et ne peuvent par conséquent justifier le refus de fournir à CMS l'intégralité des listes d'abonnés que lui-même publie ». Ainsi, le professeur Jean Frayssinet estimait que « la Cour d'appel de Paris qui ne considère que l'intérêt des marchands au détriment des droits individuels adopte une position excessive, déséquilibrée et erronée en droit: elle n'opère pas l'établissement d'un équilibre entre le droit de la concurrence et les droits de la personne concernée par les données nominatives en cause. Le droit à appliquer ne se résume pas au seul droit de la concurrence! »<sup>2693</sup>. A l'appui de cette position, il relevait en effet que les dispositions du traité de Rome ne comportaient pas uniquement des obligations en terme d'achèvement du Marché intérieur, se traduisant le cas échéant en règles concurrentielles, mais également un article F, 2<sup>2694</sup>, qui, dans sa version alors en vigueur, prescrivait que: « L'Union respecte les droits

2691 FRAYSSINET Jean, « Les annuaires de France Télécom entre le droit de la concurrence et le droit de la protection des données personnelles », note sous CA Paris 1<sup>ère</sup> chambre A, 7 février 1994, Société Communication Media Services (CMS) c/ France Télécom, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 13, 29 mars 1995, II 22403 pp. 114-119; MOLE Ariane et POTTIER Isabelle, note sous CA Paris, 7 févr. 1994, CMS c/ France Télécom, *Gaz. Pal.*, 1994, 2, pp. 492-498.

2692 FRAYSSINET Jean, *op. cit.*, p. 116.

2693 FRAYSSINET Jean, *op. cit.*, p. 118.

2694 Devenu à l'heure actuelle, après l'adoption définitive du traité de Lisbonne, l'article 6 du TUE.

fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux du droit communautaire ». Mais c'est là oublier que le droit européen de la concurrence a une conception objective et non limitée *a priori* de la notion d'abus<sup>2695</sup> et, qu'à ce titre, peu importe ses fondements, seul importe le fait qu'il soit constitué.

Par la suite, les éventuels problèmes de compatibilité entre le droit des données personnelles et le droit de la concurrence ont été aplanis par la directive 95/46/CE et la Directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public<sup>2696</sup>. En effet, cette dernière envisage implicitement le cas de l'affaire *CMS*, en harmonisant les règles de réutilisation des données émanant des personnes publiques. Dans le cadre de cette harmonisation, cette directive exclut expressément de son objet les données personnelles détenues par les personnes publiques en opérant un renvoi explicite et inconditionnel à la directive 95/46 du 24 octobre 1995<sup>2697</sup>.

Il existe donc un intérêt très marginal en droit de la concurrence à l'adoption d'instruments relatifs aux données dans le cadre de l'UE. L'harmonisation des règles relatives à l'utilisation des données personnelles permet ainsi, dans une certaine mesure, de prévenir et de réduire les cas dans lesquelles la gestion exclusive d'une base de données est constitutive d'un abus de position dominante<sup>2698</sup>.

2695 TFUE, article 102.

2696 Directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, JOUE L 345/90 du 31 décembre 2003.

2697 La directive met d'ailleurs un grand soin à faire en sorte qu'il ne puisse pas y avoir de croisement possible entre le droit des données personnelles et le droit à la réutilisation des données publiques, soin qui se retrouve dans la formulation de son texte même. Ainsi, d'une part, le considérant n° 21 de son préambule énonce que : « La présente directive devrait être mise en œuvre et appliquée dans le *respect total* des principes relatifs à la protection des données à caractère personnel, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » (c'est nous qui soulignons). D'autre part, son article 1,4 dispose que: « La présente directive *laisse intact et n'affecte en rien* le niveau de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel garanti par les dispositions du droit communautaire et du droit national et, en particulier, ne modifie en rien les droits et obligations prévus dans la directive 95/46/CE ».

2698 Les occurrences ultérieures d'un tel contentieux sont d'ailleurs particulièrement rares. A notre connaissance, la seule autre occurrence en droit français concernait jusqu'à peu France télécom, pour des faits similaires: voir Conseil de la concurrence, Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, points 84 à 86 inclus pour un cas avéré d'abus de position dominante résultant de l'exploitation de fichiers de clientèles. Ce type de contentieux est susceptible de connaître un nouvel élan à raison du contentieux initié par la société Celtipharm devant l'Autorité de la concurrence et les juridictions administratives. En effet, cette société a introduit une instance devant cette AAI, le tribunal administratif de Nantes et celui de Paris contre le CNAM et le GIE Sesam-Vitale pour abus de position dominante à raison de la rétention des données de santé contenues dans la carte Vitale. Au jour de rédaction de cette note (1<sup>er</sup> novembre 2014), les instances devant les juges administratifs sont toujours pendantes et l'Autorité de la concurrence a conclu à l'irrecevabilité de la requête de cette société sans se prononcer sur le fond (Autorité de la concurrence, Décision n° 14-D-12 du 10 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de données de santé par la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés et le GIE SESAM-Vitale).

## §2 – Une libre circulation nécessaire au renforcement du Marché intérieur

Les enjeux économiques liés à l'adoption d'instruments internationaux relatifs aux données personnelles peuvent être réduits à la « liberté économique du commerce électronique »<sup>2699</sup>, ou perçus comme une liberté économique facilitant le commerce électronique<sup>2700</sup>. La formulation retenue n'est pas inexacte mais doit être précisée (A). L'exigence contemporaine d'un développement effectif du commerce électronique a conduit à faire du droit des données personnelles un adjuvant du droit de la consommation tant dans son rôle de protection du consommateur (B) que dans son rôle de pourvoyeur de « confiance en l'économie numérique » (C).

### A/ Le contexte de l'économie numérique

Ce contexte particulier de l'économie numérique doit être précisé au préalable. La notion d'économie numérique sera retenue en préférence à celle, plus restreinte, de commerce électronique<sup>2701</sup>. Ce choix méthodologique s'explique à raison du caractère trop restreint de cette dernière notion par rapport au phénomène étudié. En effet, ce dernier ne se contente pas d'observer les rapports de personnes privées dans le cadre d'une relation de marché mais invite également à considérer le rôle de l'État dans la facilitation de ces échanges dans une perspective macroéconomique. Ce faisant, le défaut d'approches utilisant comme point de départ les notions de commerce électronique ou de marché électronique est de rester cantonné à une approche purement privatiste du phénomène, voire cantonnée à ses seuls aspects de droit international privé<sup>2702</sup>.

Une telle précision peut paraître de prime abord peu utile, dans la mesure où certains auteurs n'établissent pas de différence entre les notions de commerce électronique et d'économie numérique<sup>2703</sup>. Pourtant, seule la première fait l'objet de définitions précises tant de la part du droit positif que de la doctrine. En effet, l'article 14 de la Loi pour la Confiance en l'Économie Numérique (LCEN) définit le commerce électronique comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »<sup>2704</sup>. La doctrine est plus diserte, qui offre plusieurs définitions concurrentes. Éric Caprioli considère que cette notion désigne « la banalisation de pratiques, sans distinction *a priori*, qu'elles possèdent un caractère international ou pas, selon lesquelles dans le but, voulu ou non, de produire des effets juridiques, des éléments d'information, dont des documents électroniques, sont échangés, transmis ou enregistrés sous une forme immatérielle (messageries électroniques,

2699 GRUBER Annie, « E-democracy: la loi « informatique et libertés » en France », *LPA*, 12 octobre 2005, n° 203, p. 5.

2700 THIEFFRY Patrick, *Commerce électronique: droit international et européen*, Litec, 2002, p. 85 et pp. 128-138. Plus précisément, pp. 129-130, l'auteur fonde principalement cette liberté sur la liberté d'expression tel que garantie par l'article 10 de la CESDH, en mettant en avant son importance dans la protection de l'activité publicitaire. Il se pose néanmoins la question de savoir si l'on ne pourrait pas la fonder sur une ou plusieurs libertés communautaires, sans malheureusement persévérer dans son analyse.

2701 Cette notion sera utilisée indifféremment avec celle de marché électronique, dans la mesure où cette notion n'est soutenue que par une doctrine minoritaire, et ne trouve pas d'écho aussi net dans le droit positif.

2702 Le phénomène est ainsi particulièrement net dans l'ouvrage d'Éric CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, 2007. A un degré de spécialisation moindre, voire également CACHARD Olivier, *La régulation internationale du marché électronique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 365, 2002.

2703 CAPRIOLI Éric, *op. cit.*, p.1.

2704 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO du 22 juin 2004, p. 11168.

fichiers) au lieu d'être confiés au support papier dont ils étaient jusque-là indissociables »<sup>2705</sup>. Dans une perspective plus opérationnelle, ce même auteur isole trois éléments caractérisant le commerce électronique: la notion d'activité commerciale, la dématérialisation des supports utilisés lors des transactions, l'internationalisation de l'opération<sup>2706</sup>. Le professeur Jérôme Huet définit, lui, le commerce électronique comme consistant « principalement dans la possibilité offerte par des fournisseurs, privés ou publics, à des interlocuteurs, professionnels ou consommateurs, de passer commande de produits ou services, par le biais des communications numérisées généralisées sur les grands réseaux, ainsi que dans la publicité qui peut être faite pour ces produits ou services, notamment sur des sites internet des entreprises qui les proposent »<sup>2707</sup>. La définition retenue sera celle fournie par la LCEN, en raison de son caractère directement opérationnel et de son absence d'ambiguïté<sup>2708</sup>.

La notion d'économie numérique est plus délicate à établir car il n'en existe pas de définition juridique. Cette notion existe pourtant assez pour qu'ait été institué par le décret du 18 mars 2008 un Secrétariat d'État incluant notamment le « développement de l'économie numérique »<sup>2709</sup>. La notion d'économie numérique invite à adopter une perspective plus large que celle de commerce ou de marché électronique, en replaçant cette relation spéciale de commerce dans la dynamique de la philosophie économique dans laquelle elle se meut, soit la doctrine économique libérale. Dans ce cadre, l'économie numérique apparaît comme cumulant une fragilité traditionnelle du marché avec celles liées à une situation internationale impliquant des personnes privées.

La fragilité traditionnelle du marché résulte de sa conception fictionnelle comme un équilibre<sup>2710</sup>. L'instabilité avérée d'un tel système implique son encadrement par l'État par la

2705 CAPRIOLI Éric, *op. cit.*, p.1.

2706 CAPRIOLI Éric et SORIEUL Renaud, « Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI*, 1997, n° 2, p. 326.

2707 HUET Jérôme, « La problématique juridique du commerce électronique », *RJCom*, 2001, n° spécial, p. 18.

2708 Une telle ambiguïté pourrait naître du caractère polysémique du terme « commerce », qui peut avoir le sens général de « rapport ». Ce caractère polysémique a ainsi pu être utilisé par la doctrine pour donner à la notion de commerce électronique une définition trop large dépassant largement le cadre de l'économie pour englober l'ensemble des rapports électroniques d'une personne morale ou physique avec son environnement. Pour une telle approche, voir HUET Jérôme, *op. cit.*, p. 17: « le commerce électronique ne date pas d'aujourd'hui. Il a déjà plusieurs décennies derrière lui. Ce qu'on appelait jadis, les échanges de données informatisés, les EDI, utilisés entre les entreprises ou avec les administrations, constituait déjà du commerce électronique ». Une telle approche reviendrait à confondre les échanges de données informatisées avec le commerce électronique, ce qui aurait pour effet de qualifier comme tel des échanges de données tel que le réseau interbancaire SWIFT, le réseau SITA utilisé par les agences de voyages et les compagnies aériennes voire même le réseau d'échanges de données d'INTERPOL..

2709 Décret du 18 mars 2008 relatif à la composition du Gouvernement, JORF n°0067 du 19 mars 2008 p. 4840. Ce secrétariat a été confié à Eric Besson, qui est par la suite également devenu le premier ministre en charge de ce domaine par le Décret n° 2010-1499 du 7 décembre 2010 relatif aux attributions du ministre auprès de la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique. Ce portefeuille ministériel a été ensuite attribué à Fleur Pellerin par le Décret n° 2012-806 du 9 juin 2012 relatif aux attributions de la ministre déléguée auprès du ministre du redressement productif, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique. Depuis le 9 avril 2014, ce domaine est attribué au ministre de l'économie Emmanuel Macron (Décret n° 2014-404 du 16 avril 2014 relatif aux attributions du ministre de l'économie, du redressement productif et du numérique, JORF n°0092 du 18 avril 2014) et délégué à Axelle Lemaire par le Décret n° 2014-435 du 29 avril 2014 relatif aux attributions déléguées à la secrétaire d'État chargée du numérique.

2710 FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le modèle du marché », *APD*, 1995, n° 40, p. 288: « le marché n'est pas une Dieu, et ce parce qu'il n'est pas un fait. Il ne l'est précisément pas parce qu'il est un modèle, historiquement daté. Or, le modèle se définit en sciences comme l'invention théorique – l'invention ayant toujours partie liée avec

soumission du marché au droit de la concurrence d'une part, qualifié d'ordre public de direction par certains auteurs, afin de ne pas les mettre en position de fausser irrémédiablement le libre jeu de la concurrence. D'autre part, elle implique également, la soumission des opérateurs économiques au droit de la consommation, considéré par certains auteurs comme un ordre public de protection, afin de compenser la relation dissymétrique qui existe entre le professionnel et le consommateur, conformément à la doctrine du libre échange qui présuppose que les consommateurs doivent trouver un intérêt à la relation économique pour que cette dernière existe de manière pérenne. Les consommateurs constituent ainsi l'autorité de validation des décisions prises par les opérateurs économiques. Ce double encadrement constituant en doctrine les deux principales facettes de l'ordre public économique, le marché faillirait à répondre aux finalités pour lesquelles il a été institué dans le cadre d'une économie de marché, à savoir soit permettre une allocation optimale des ressources<sup>2711</sup>, soit réaliser l'intérêt général<sup>2712</sup>.

La fragilité spéciale du marché électronique provient du cumul de ces premières tensions, inhérentes au phénomène du marché, avec la difficulté d'organiser effectivement au niveau international la défense effective de cet ordre public économique, dans lequel la protection des données personnelles joue un rôle spécifique, que cet ordre public soit entendu comme ordre de direction ou de protection. Au titre de l'ordre public de direction, la protection des données personnelles ainsi que son harmonisation constituent un préalable nécessaire à l'élimination effective des entraves au commerce au sein du marché intérieur. Cet aspect n'est pas nouveau<sup>2713</sup> et, à cet égard, la situation spécifique du marché des communications électroniques ne diffère du cadre général posé par la directive 95/46 que par son champ d'application, plus précis. L'aspect réellement novateur attaché au droit des données personnelles dans le cadre du marché électronique réside dans le fait que cet instrument constitue un outil de protection nécessaire à la correction des déséquilibres relationnels entre professionnels et clients, ce qui explique son attraction contemporaine par le droit de la consommation. Mais, plus fondamentalement, le droit des données personnelles constitue un outil de constitution du marché électronique dans la mesure où son existence et son développement ne dépendent plus *in fine* que de la confiance que ses usagers portent dans l'innocuité de son usage. Dès lors, la protection des données personnelles apparaît, en tant qu'élément de l'ordre public économique de direction, comme un préalable nécessaire à la constitution pérenne d'un marché international et dématérialisé qui ne peut se développer qu'avec la confiance de ses utilisateurs.

### *B/ La protection du consommateur, objectif apparent du droit des données personnelles*

La protection du consommateur prend la forme de mesures ressortissant du droit de la consommation. Ce dernier est animé par « la nécessité de protéger les consommateurs contre la

l'artificiel – permettant d'explicitier le fonctionnement de la nature, nature des choses, des âmes, des sociétés, etc., de leur donner un sens et une cohérence, de permettre une certaine prévisibilité ».

2711 En effet, il ne faut pas oublier que l'organisation du système économique en vertu de la théorie libérale s'inscrit dans une recherche de justice sociale et de réalisation du bien commun. Sur cette question, voir SMITH Adam, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Tome II, Flammarion, 1991, Livre IV, Chapitre IX, p. 308.

2712 En l'espèce en favorisant l'intérêt des consommateurs. Mais cette conception n'est pas restreinte à ce domaine: en droit communautaire notamment, le marché et le service public ne sont que des modalités différentes dans la forme mais non l'objectif d'assurer l'intérêt général.

2713 Voir *supra*.

puissance de leurs partenaires économiques »<sup>2714</sup>. Une telle nécessité découle de l'impuissance structurelle de l'individu non professionnel à l'égard du professionnel dans le cadre d'un rapport de consommation<sup>2715</sup>. S'il existe un code de la consommation, le droit qui la régit ne s'y limite pas<sup>2716</sup>, comme l'illustre le rôle particulier du droit des données personnelles dans ce domaine, qui reste relativement méconnu<sup>2717</sup>. Cette méconnaissance provient d'abord du caractère technique des instruments qui l'ont initié et qui, en tant que tel, ne sont pas rattachables à la protection du consommateur comme la directive 95/46 du 24 octobre 1995<sup>2718</sup>. En effet, cette dernière offre à l'individu considéré comme un consommateur des garanties, redondantes dans leur principe avec celles offertes par le droit de la consommation, mais non dans leur expression. Ainsi, les obligations d'information et de protection du consentement dans le cadre d'un traitement des données personnelles bénéficient autant à l'individu en tant que titulaire non situé de ses droits fondamentaux qu'en tant qu'individu situé dans une relation de consommation. Cette protection réversible, bénéficiant autant à l'individu titulaire de droits fondamentaux qu'à l'individu consommateur, s'exprime de manière préférentielle en matière de lutte contre les clauses abusives portant sur le traitement des données personnelles ainsi qu'en matière de lutte contre la publicité abusive.

L'article L. 132-1 du code de la consommation, dans son premier alinéa, en donne une définition générale. Sont ainsi considérées comme abusives les clauses « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ». Ces clauses peuvent être identifiées *a priori* par décret ou, *a posteriori*, par la Commission des clauses abusives ou la jurisprudence. Tel a été le cas pour des clauses qui imposaient un déséquilibre significatif entre les droits et obligations en matière de protection des données personnelles des parties à des contrats. Ce recoupement entre le droit de la consommation et le droit des données personnelles a d'abord été reconnu par la

2714 CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, *Droit de la consommation*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006, p. 20.

2715 CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, *op. cit.*, p. 22: « L'existence du droit de la consommation se fonde, à notre avis, sur une triple constatation: a) les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis des professionnels; b) la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort; c) le droit civil classique est impuissant à assurer la protection des consommateurs ».

2716 CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, *op. cit.*, p. 18: dans la définition du droit de la consommation, « il est difficile de se limiter aux règles dont le but est de protéger les consommateurs. Les rapports entre professionnels et consommateurs donnent parfois lieu à l'application de règles qui n'ont pas un but consumériste, mais qui peuvent avoir un effet, positif ou négatif, sur les consommateurs ».

2717 A titre d'exemple, la CNIL et la DGCCRF ont signé le 6 janvier 2011 un protocole de coopération destiné à renforcer la protection des données personnelles des consommateurs. Ce texte permet l'échange d'informations entre les deux autorités afin de renforcer leurs actions de contrôle. Il sert également de base à des opérations de contrôle conjointes, comme cela a été récemment le cas à propos du contrôle des sites de sociétés françaises de e-commerce sur les pratiques de modulation des prix de vente, notamment en matière de transport, en fonction de l'adresse IP de l'internaute (CNIL, communiqué 27 janvier 2014).

2718 DREXL Josef, *Mondialisation et société de l'information - Le commerce électronique et la protection des consommateurs*, RIDE, t. XVI 2002/2-3, pp. 425-426: « En dehors du droit de la consommation proprement dit, il faut encore citer la directive sur la protection des données à caractère personnel de 1995 qui crée des obligations non seulement vis-à-vis des entités d'État, mais en principe aussi vis-à-vis des personnes privées. Ainsi, la directive comprend aussi le traitement des données qu'un prestataire de service d'information a reçues lors d'un contact avec un destinataire-consommateur sur Internet, soit que le destinataire se soit contenté de visiter son site, ou lors de la conclusion électronique d'un contrat ou de son exécution. Grâce à la directive de 1995, l'émergence d'Internet n'a rendu nécessaires que très peu d'actions législatives sur la protection des données à caractère personnel ».

Commission des clauses abusives<sup>2719</sup>. Ainsi, dans sa recommandation n° 2007-02 du 24 mai 2007<sup>2720</sup>,

Il existe donc une superposition matérielle des intérêts du droit des données personnelles et du droit de la consommation en matière de lutte contre les clauses abusives.

Une telle superposition est également perceptible en matière de lutte contre la publicité abusive<sup>2723</sup>. Ainsi, l'article 22 de la LCEN introduit dans le code des postes et télécommunications de l'époque un article L. 33-4-1 transposant l'article 13 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Ce nouvel article pose le principe de l'interdiction de la prospection automatique directe et vise notamment le *spam*<sup>2724</sup>. Ces

2719 Sur le caractère normatif et la portée de ces recommandations, voir RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, p. 203.

2720 Commission des clauses abusives, recommandation n° 2007-02 du 24 mai 2007 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet, BOCCRF 24 décembre 2007, pp. 1124-1126.

2721 Commission des clauses abusives, recommandation n° 2007-02 du 24 mai 2007 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet, BOCCRF 24 décembre 2007, p. 1126.

2722 DEBET Anne, « De multiples clauses abusives du le site Amazon.fr », commentaire sous TGI Paris, 1<sup>ère</sup> chambre, sect. soc., 28 octobre 2008, UFC Que Choisir c/ Amazon . com et a., *Communication Commerce Électronique*, n° 2, février 2009, p. 34. Plus récemment, la Cour de cassation a explicitement confirmé cette jurisprudence. Voir Cour de cassation, chambre civile 1 , 23 janvier 2013, N° de pourvoi: 10-28397 11-11421, Non publié au bulletin : « Alors qu'a pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties la clause autorisant, d'un côté, la banque à communiquer « à toute entité du groupe » des informations couvertes par le secret bancaire « à des fins de prospection commerciale », mais prévoyant, de l'autre, que « la liste des entités du groupe susceptibles d'être bénéficiaires d'informations concernant le client pourra lui être communiquée sur simple demande de sa part », ce dernier pouvant « également à tout moment conformément à la loi (...) s'opposer à la communication (desdites informations) à des tiers ou à leur utilisation par la Caisse Régionale à des fins commerciales », laissant ainsi à penser que la banque est autorisée à communiquer à des fins commerciales des informations à caractère personnel à des tiers autres que les « entités du groupe » ; qu'en déclarant néanmoins ladite clause licite et non abusive, la cour d'appel a violé l'article L.132-1 du code de la consommation, ensemble les articles 7 et 38 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ».

2723 CAPRIOLI Éric, « Loi du 6 août 2004. Commerce à distance sur l'Internet et protection des données à caractère personnel », *CCE*, février 2005, pp. 24-39 ; MAXWELL J. Winston, JACQUIER Sarah et ZEGGANE Thomas, « Publicité ciblée et protection du consommateur en France, en Europe et aux États-Unis », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2008, pp. 18-23.

2724 LCEN, article 22: « Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.

dispositions ne constituent alors qu'un recoupement parcellaire du régime de droit commun de la publicité abusive, tel que défini par la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur<sup>2725</sup>.

La superposition entre le droit des données personnelles et le droit de la consommation répond à une finalité macroéconomique dépassant dans sa portée la seule protection des intérêts des consommateurs. Au delà de la protection des intérêts de la personne fichée, ce recoupement constitue un élément nécessaire à la constitution et à la pérennisation du commerce électronique dans le cadre de la société de l'information.

### *C/ La protection du consommateur, objectif instrumentalisé dans une optique d'achèvement indirect du Marché intérieur*

Il est difficile de dire du droit de la consommation qu'il a pour seule fonction de protéger le consommateur soit dans sa personne, soit dans son rôle économique d'instance de validation de marché car les deux sont indissociables<sup>2726</sup>. Les deux supposent une protection de la confiance du consommateur tout au long de l'acte d'achat. Cette protection est nécessaire car la confiance apparaît comme un élément essentiel à l'existence d'un lien marchand dans la mesure où, historiquement, elle en conditionne sa survenance même<sup>2727</sup>. Or, la mondialisation a pour objet de

Pour l'application du présent article, on entend par consentement toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe.

Constitue une prospection directe l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services.

Toutefois, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé. (...)».

2725 Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), JOUE L 149/22 du 11 juin 2005, Annexe 1, point 26: « Se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette disposition s'entend sans préjudice de l'article 10 de la directive 97/7/CE, et des directives 95/46/CE et 2002/58/CE ».

2726 *Contra*: MARCOU Gérard, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 350.

2727 Pour comprendre de manière plus générale les rapports entre l'échange marchand et la confiance, voir l'ouvrage de l'économiste RIFKIN Jeremy, *L'âge de l'accès*, La Découverte, 2000, p. 20: « l'absorption de la sphère culturelle par la sphère marchande reflète un bouleversement fondamental des relations humaines. (...). Depuis l'aube de la civilisation, la culture a toujours eu la priorité sur le marché. Les hommes fondent des communautés, élaborent des codes de comportement social sophistiqués, reproduisent des valeurs et des significations partagées et construisent du lien social. C'est seulement quand le lien social fondé sur la confiance et l'échange

disjoindre la sphère culturelle locale, qui produit cette confiance, d'une sphère marchande potentiellement devenue globale par le biais des NTIC. Le constat de ce décalage permet d'expliquer l'accent mis par la doctrine économiste sur le rôle de la confiance pour « réduire les coûts de transaction » et, par là même, « stimuler l'échange »<sup>2728</sup>.

Pour compenser cette perte de confiance en tant que produit d'une culture et d'un lien social partagés à un niveau local, l'État est appelé à intervenir pour ressusciter juridiquement une confiance en un échange marchand global que les structures culturelles nationales sont inaptes à produire totalement. Une telle problématique n'est pas inédite dans la mesure où elle a historiquement concerné la fiabilité des moyens de paiement. A cet égard, la dynamique de l'accompagnement juridique de création de la confiance en l'économie numérique par l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles ne constitue qu'un aspect contemporain d'une fonction très classique<sup>2729</sup>.

En effet, l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles dans le champ de la consommation apparaît davantage motivée par la volonté de sauvegarder la philosophie libérale de l'économie numérique que par la volonté de protéger les intérêts personnels du consommateur. De prime abord, une telle affirmation pourrait choquer, tant il est vrai que le droit de la consommation semble d'abord avoir été conçu dans l'optique exclusive d'une volonté de protéger la partie faible, ressortant ainsi d'un ordre public de protection.

réciproques est suffisamment développé que ces communautés s'engagent dans des relations de type marchand. La sphère marchande a toujours été seconde et dépendante par rapport à la sphère culturelle, cette dernière étant la matrice des normes comportementales acceptées par la société. Le respect de ces normes garantit un climat social de confiance qui permet le développement des relations d'échange marchand. Mais, quand la sphère marchande commence à empiéter sur la sphère culturelle (...), elle menace de détruire les fondements mêmes sur lesquels s'étaient construites les relations marchandes ».

2728 VALLEE Pierre-Hugues et MACKAAY Ejan, « La confiance - Sa nature et son rôle dans le commerce électronique », *Lex Electronica*, vol. 11 n° 2 (Automne 2006), p. 14: « l'analyse des rôles de la confiance fait apparaître un rôle important de la confiance : elle permet de réduire les coûts de transaction et de stimuler l'échange. Même s'il n'est pas clairement établi que la confiance a un lien avec la croissance économique, elle permet à tout le moins de réduire les coûts de transaction ».

2729 LECLERCQ Pierre, KHALIL Lionel, « La confiance est-elle enfin possible dans les moyens de paiement en ligne? », *CCE*, décembre 2004, p. 10: « Qu'elle soit numérique, ou traditionnelle, le développement d'une activité économique marchande repose sur une large confiance dans la monnaie et dans ses modes de circulation. Ce n'est pas être monétariste que de considérer la confiance dans l'économie numérique, recherchée par le législateur lui-même, subordonnée à celle que les consommateurs et les professionnels pourront attacher aux moyens de paiement en ligne. Les autres facteurs paraissent moins déterminants, même si on ne peut négliger la nécessité, pour produire de la confiance, du respect des règles juridiques pour la protection des données personnelles [...] ». Voir également VALLEE Pierre-Hugues et MACKAAY Ejan, *op. cit.*, p. 40: « Cela ne pose pas véritablement problème dans les marchés traditionnels, parce que les méthodes de paiement sont éprouvées et connues, de sorte qu'elles n'ont pas véritablement d'incidence sur le risque de perte calculé par le consommateur. Il en est tout autrement dans les marchés électroniques, où le facteur de la sécurité du paiement peut à lui seul faire reculer le consommateur.

Le paiement en ligne et la conclusion de transactions sur Internet implique en général la transmission de données personnelles (nom, adresse, numéro de téléphone, adresse électronique, préférences de consommation) et financières (numéros de carte de crédit et de date d'expiration, numéro de compte virtuel). La crainte du consommateur que ces informations, communiquées à l'occasion du paiement, soient utilisées à des fins secondaires malhonnêtes affecte le risque de perte. Les renseignements personnels sont susceptibles d'être revendues ou employées à d'autres fins par le commerçant, et les données financières peuvent servir à frauder. Outre ces risques, l'intégrité des transactions n'est pas totalement sûre : les données ne sont pas à l'abri des tiers mal intentionnés. Malgré les avancées technologiques en la matière, les transactions en ligne comportent toujours des risques en raison de l'évolution rapide des techniques de piratage et de l'environnement virtuel ».

Mais le développement de l'économie numérique a conduit à une réévaluation apparente du rôle du droit de la consommation. Avec l'introduction récente du terme de confiance dans son champ d'action, il aurait changé de fonction et serait devenu un droit de constitution du Marché, exprimant ainsi une fonction d'ordre public de direction, et non plus seulement une fonction de défense des consommateurs liée à l'ordre public de protection. Or, cette fonction n'est pas nouvelle, en ce qu'elle équivaut à la redécouverte du rôle macro-économique de la consommation. La redécouverte de cette fonction s'exprime dans la multiplication des appels à la confiance dans le droit communautaire de la consommation ainsi que dans les transpositions réalisées en droit interne (1). Au sein de ces mesures ressortant du droit de la consommation et destinées à assurer la confiance du consommateur, le droit des données personnelles apparaît comme un adjuvant nécessaire, expliquant ainsi son rôle cette fois-ci non plus dans la constitution directe du Marché intérieur, mais dans celle de son renforcement (2).

### **1) La redécouverte récente du rôle macroéconomique de la consommation par l'organisation juridique de la confiance**

Le droit communautaire de la consommation inaugurerait pour certains auteurs une fonction nouvelle d'organisation du Marché du fait de ses interventions dans le but d'assurer la confiance en l'économie numérique (a). Mais cette évolution ne constitue en réalité qu'une redécouverte en droit du rôle macroéconomique de la consommation (b).

#### **a) Le droit communautaire de la consommation, adjuvant récent du Marché intérieur**

Un tel rôle a été récemment mis en lumière par le droit de l'UE. En effet, le droit de la consommation a d'abord été envisagé comme une politique communautaire matérielle. Ce n'est que plus récemment que son lien avec la constitution du Marché intérieur a été renforcé par l'explicitation de son rôle en matière de confiance en l'économie numérique. A cet égard, l'intervention initiale du droit de l'UE en matière de droit de la consommation dans un but d'achèvement du Marché intérieur s'exprime sur un plan formel et substantiel.

D'un point de vue formel, la protection du consommateur est inscrite dans le droit primaire de l'Union. Mais cette inscription est relativement récente car cette politique n'était pas mentionnée dans la version originale du Traité de Rome. En effet, il a fallu attendre 1975 pour qu'une véritable politique européenne de la consommation soit lancée avec l'adoption par le Conseil d'un « programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs ». Celui-ci proclame cinq droits fondamentaux du consommateur (à la protection de sa santé et de sa sécurité, de ses intérêts économiques, mais aussi à l'information et à l'éducation, à la représentation et à la réparation des dommages)<sup>2730</sup>. C'est sur la base de ce programme que de nombreux textes de droit dérivé visant à garantir les intérêts essentiels du consommateur énumérés seront adoptés à partir des années 1980<sup>2731</sup>. En fait, la protection des consommateurs n'intègre le droit primaire qu'avec l'entrée en vigueur de l'Acte unique en 1987,

2730 Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Journal officiel n° C 092 du 25/04/1975 p. 0002 – 0016.

2731 Les principales directives de caractère général concernent ainsi la publicité trompeuse (Directive 84/450 CEE du Conseil du 10 septembre 1984), modifiée par la directive sur la publicité comparative (Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre); la directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993) et la directive sur la vente et les garanties des biens de consommation (Directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil, du 25 mai 1999).

sous la forme du principe selon lequel la Commission doit viser un niveau élevé de protection du consommateur dans ses propositions. Les traités de Maastricht et d'Amsterdam étendent son principe en comportant chacun un titre dédié, consacrant alors la protection des consommateurs comme une politique de l'Union à part entière<sup>2732</sup> et non plus essentiellement comme un motif légitime ou non de restriction des libertés économiques communautaires<sup>2733</sup>.

D'un point de vue matériel, la prise en charge du droit de la consommation par le droit communautaire ne détonne pas plus en ce qu'elle obéit à une logique de parachèvement du marché intérieur. Ainsi, la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance énonce explicitement le caractère indispensable pour le bon fonctionnement du marché intérieur du respect de certaines dispositions de base en matière de droit de la consommation<sup>2734</sup>. Le caractère indispensable de telles dispositions s'amplifiant du fait des « nouvelles technologies », dont participent les NTIC, en ce que leur introduction « entraîne une multiplication des moyens mis à la disposition des consommateurs pour connaître les offres faites partout dans la Communauté et pour passer leurs commandes »<sup>2735</sup>. A ce titre, elle fait partie des compétences partagées avec les États membres<sup>2736</sup>.

De manière plus décisive, cette inclusion du droit de la consommation comme outil de parachèvement du Marché intérieur est impliquée par la mise au point par l'UE d'une politique économique cohérente en matière de Société de l'Information. Le cadre général est celui de la « Stratégie de Lisbonne », qui est en fait le constat et le résultat auquel a abouti le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, qui « a mis en évidence le potentiel de croissance, de compétitivité et de création d'emplois associé au passage à une économie numérique fondée sur la connaissance. Il a notamment souligné l'importance, pour les entreprises et la population de l'Europe, d'avoir accès à une infrastructure de communications bon marché de classe mondiale,

2732 L'article 153 du traité d'Amsterdam, ex article 129 A du traité de Maastricht, devenu article 169 du TFUE: « 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts. 2. (...) ».

2733 CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff.C-120/78, Rec. 1979, p. 649.

2734 Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144 du 4.6.1997, p. 19–27. Son préambule énonce ainsi dans son troisième point: « considérant que la vente transfrontalière à distance peut être l'une des principales manifestations concrètes pour les consommateurs de l'achèvement du marché intérieur, comme cela a été constaté, entre autres, dans la communication de la Commission au Conseil intitulée «Vers un marché unique de la distribution»; qu'il est indispensable, pour le bon fonctionnement du marché intérieur, que les consommateurs puissent s'adresser à une entreprise en dehors de leur pays, même si cette dernière dispose d'une filiale dans le pays de résidence du consommateur ».

2735 Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144 du 4.6.1997, Préambule, considérant n°4.

2736 TFUE, art 4, 2, f. L'article 12 du même traité, reprenant l'article 153, §2, du TCE, dispose que: « *Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union* ». Dans le cadre du rapprochement des législations, le niveau de protection tel qu'organisé par l'article 114,3 du même traité, la « Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques ». En tant que politique sectorielle, la protection du consommateur fait même l'objet au sein du TFUE d'un titre distinct, en tant que titre XV.

ainsi qu'à une vaste gamme de services»<sup>2737</sup>. En marge de cet objectif général, l'établissement d'un niveau suffisant de confiance dans les relations économiques électroniques a été établi comme étant une de ses conditions *sine qua non*. Le droit de la consommation étant alors implicitement pointé comme un levier de la création de cette confiance.

Ainsi, la résolution du Conseil du 19 janvier 1999 relative aux aspects de la société de l'information concernant les consommateurs constatait dans son troisième considérant que les risques de méfiance du consommateur européen étaient importants à l'égard du commerce électronique alors naissant car les « nouvelles technologies de l'information et des communications et l'avènement de la société de l'information qui en découle offrent de nombreux avantages potentiels aux consommateurs, mais créent aussi de nouvelles situations commerciales qu'ils connaissent mal et dans lesquelles leurs intérêts pourraient être mis en danger ». Le considérant n° 5 pose alors comme solution « l'instauration de la confiance des consommateurs » comme « condition préalable pour que ces derniers acceptent la société de l'information et y participent »<sup>2738</sup>. Cette conception est confirmée par le *Livre vert* du 8 février 2007 de la Commission européenne sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur dont le thème est le renforcement de « la confiance des consommateurs dans le marché intérieur (...) par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne » dans l'optique de parfaire la construction du marché intérieur<sup>2739</sup>.

#### b) Une redécouverte en droit du rôle macroéconomique de la consommation

Certains auteurs estiment que la fonction d'établissement et de consolidation de la confiance dans l'échange dévolue à ces dispositions par le droit communautaire a « modifié la nature et les finalités de ce droit » de la consommation. En effet, « l'utilisation du terme « confiance » intervient comme le marqueur de la transformation d'un droit de protection de la partie faible en un droit de régulation du marché », le droit de la consommation se trouvant instrumentalisé au bénéfice d'une autre finalité : « la protection du libre jeu du marché »<sup>2740</sup>. Mais en réalité, l'objectif réel du droit de la consommation a toujours été de « protéger le consommateur afin qu'il consomme plus et non parce qu'il est plus faible »<sup>2741</sup>.

Une telle conception romprait avec la conception classique du droit de la consommation, centrée sur la protection du consommateur. Mais une telle nouveauté n'est qu'apparente car en sciences économiques, dans le cadre de la théorie libérale, la satisfaction du consommateur constitue l'aboutissement de l'économie de marché. Une telle conception est d'ailleurs loin d'être

2737 Directive 2000/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électronique (directive « cadre »), considérant n° 4.

2738 Résolution du Conseil du 19 janvier 1999 relative aux aspects de la société de l'information concernant les consommateurs, JOCE du 28 janvier 1999, pp.1-3.

2739 Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM(2006) 744 final, §2.

2740 ROCHFELD Judith, « De la « confiance » du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », *LPA*, 16 février 2009, n° 33, p. 8.

2741 RÉMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 79, 2008, p. 205. Voir également GHOZI Alain, « La conformité », in FENOUILLET Dominique et LABARTHE Françoise (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2002, p. 104 : « le consommateur n'est pas tant protégé pour lui-même qu'en raison de sa fonction dans les échanges. Par ses achats, il alimente le marché, d'où la nécessité de le protéger. Confiant dans le marché, il stimule les échanges ».

marginale au sein des manuels de droit de la consommation: à parts relativement égale, une moitié d'entre eux adopte une conception restrictive du droit de la consommation limitée à la protection de la partie faible dans un rapport de consommation<sup>2742</sup>, et l'autre adopte une conception élargie en ne niant pas cette conception restrictive mais en l'interprétant par rapport à une finalité plus vaste, celle de l'organisation du Marché dans le cadre d'une économie libérale<sup>2743</sup>.

## 2) Une protection des données personnelles instrumentalisée par le droit de la consommation

La recherche de confiance en l'économie numérique a abouti à la mise en place d'une série de mesures auxquelles se joint le droit des données personnelles. La politique transversale de confiance, telle qu'énoncée dans la *Stratégie de Lisbonne*, implique ainsi de manière générale une sécurisation des échanges<sup>2744</sup>. Dans des domaines plus spécifiques, cela implique l'adoption de mesures en matière de signature<sup>2745</sup>, de commerce<sup>2746</sup> et de facture électroniques<sup>2747</sup>. Au sein de cette politique, l'adoption d'instruments relatifs aux données personnelles permet, de manière complémentaire, de susciter la confiance dans l'économie numérique. La finalité de l'inclusion explicite de dispositions relatives aux données personnelles dans les instruments du droit communautaire de la consommation est d'ailleurs posée sans ambiguïté: la crainte que peut avoir le consommateur pour la protection de ses droits fondamentaux au sein de l'opération de consommation est susceptible de décourager l'essor du commerce électronique.

Une telle conception est prégnante en droit international, au sein de la littérature grise des

2742 Pour une liste non exhaustive de présentations ainsi restrictives dans les manuels, voir CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, *Droit de la consommation*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2003, p. 15 ; PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2005, pp. 13-14 ; PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, Economica, 2008, p. 1 ; JULIEN Jérôme, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien - Lextenso, 2009, p. 18.

2743 Pour une liste non exhaustive de conceptions larges dans les manuels, voir BEAUCHARD Jean, *Droit de la distribution et de la consommation*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1996, pp. 51-53 ; LUCAS DE LEYSSAC Claude et PARLEANI Gilbert, *Droit du marché*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2002, pp. 86-87 ; RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, pp. 34-35. Pour un constat similaire et une même œuvre de recensement de ces différences de conception du droit de la consommation, voir DUMORTIER Thomas, « La référence ambivalente au marché comme justification de la liberté des agents économiques », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 75-86.

2744 CAPRIOLI Éric et AGOSTI Pascal, « La confiance dans l'économie numérique (Commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) », *LPA*, 3 juin 2005, n° 110, p. 6: « Le sentiment de confiance impose l'instauration d'un cadre juridique à même de permettre l'événement d'un environnement électronique sûr et fiable. Les réseaux doivent, en effet, pouvoir être utilisés à titre habituel ou quotidien sans que les parties à un échange soient méfiantes quant à l'identité de leur interlocuteur ou à la confidentialité de leurs messages ».

2745 Directive 99/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n° L 13 du 19 janvier 2000, p. 12.

2746 Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 1.

2747 Directive 2001/115/CE du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée, Journal officiel n° L 15 du 17/01/2002, p. 24 ; Directive 2010/45/UE du Conseil du 13 juillet 2010 modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne les règles de facturation, JOUE n° L189 du 22/07/2010, p. 1.

Nations Unies<sup>2748</sup> comme de l'OMC<sup>2749</sup>, mais également au sein de la doctrine internationale en la matière. En droit positif international une telle conception est toutefois plus limitée dans la mesure où elle ne se trouve à l'heure actuelle consacrée dans son principe que dans le cadre de trois accords internationaux entre l'UE et des organisations ou États tiers<sup>2750</sup>. Cette conception est surtout prégnante en droit de l'UE. En effet, « l'usage des réseaux électroniques à des fins contractuelles ne sera attrayant pour le consommateur que si un certain niveau de protection relatif aux données à caractère personnel est garanti dans le pays de réception des données également »<sup>2751</sup>. Dès lors, l'adoption de mesures spécifiques relatives aux données personnelles en matière de commerce électronique doit s'analyser comme une instrumentalisation de la protection du consommateur fiché à des fins de pérennisation du marché électronique via la protection ostensible de ses consommateurs potentiels<sup>2752</sup>.

Cette conception instrumentale s'est concrétisée par l'adoption successive de deux directives, la seconde étant venue abroger la première du fait de son obsolescence à raison de l'évolution rapide

2748 CNUCED, *Dimensions juridiques du commerce électronique*, Rapport TD/B/COM.3/EM.8/2,4 mai 1999 ; Plus spécifiquement, voir CNUCED, *E-commerce and development report*, 2004, Chapter 6 Protecting Privacy Rights in an Online World, p. 155: « The transmission of such data is fundamental for the conduct of e-business, but it needs a great deal of trust and confidence. With the growth of computing, the expanded use of the Internet and the extensive use of other technologies which facilitate the creation of data trails, privacy threats or at least the fear of them have substantially increased. Therefore, some form of legal protection of privacy is important for generating trust in e-commerce ».

2749 OMC, *Programme de travail sur le commerce électronique*, adopté par le Conseil général le 25 septembre 1998 (WT/L/274).

2750 Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, Journal officiel n° L 289 du 30/10/2008 p. 3, article 119: « 1. Les parties, reconnaissant que le commerce électronique accroît les perspectives commerciales dans de nombreux secteurs, conviennent d'encourager le développement du commerce électronique entre elles, notamment en coopérant sur les questions soulevées par l'application des dispositions relatives au commerce électronique du présent titre. 2. Les parties conviennent que le développement du commerce électronique doit être pleinement compatible avec les normes internationales de protection des données les plus sévères, afin d'asseoir la confiance des utilisateurs dans le commerce électronique. (...) » ; Accord de libre échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, JO L 127 du 14/05/2011, p. 6, article 7.48, deuxième alinéa: « Les parties conviennent que le développement du commerce électronique doit être pleinement compatible avec les normes internationales de protection des données, afin d'asseoir la confiance des utilisateurs dans le commerce électronique » ; Accord d'association entre l'Union européenne et ses États membres d'une part, et l'Ukraine d'autre part, JO L 161 du 29/05/2014, p. 3, article 139 : « 1. Reconnaisant que le commerce électronique accroît les perspectives commerciales dans de nombreux secteurs, les parties conviennent d'encourager son développement entre elles, notamment en coopérant sur les questions soulevées par l'application des dispositions relatives au commerce électronique du présent chapitre. 2. Les parties conviennent que le développement du commerce électronique doit être pleinement compatible avec les normes internationales de protection des données les plus rigoureuses, afin d'asseoir la confiance des utilisateurs. (...) » (souligné par nous).

2751 DREXL Josef, *Mondialisation et société de l'information - Le commerce électronique et la protection des consommateurs*, RIDE, t. XVI 2002/2-3, p. 438.

2752 Voir à cet égard les considérations explicites en ce sens au sens de la directive Directive 2002/58 précitée, dont le considérant n° 5 énonce que: « De nouvelles technologies numériques avancées qui posent des exigences spécifiques concernant la protection des données à caractère personnel et de la vie privée des utilisateurs sont actuellement introduites dans les réseaux publics de communications de la Communauté. Le développement de la société de l'information se caractérise par l'introduction de nouveaux services de communications électroniques. L'accès aux réseaux mobiles numériques s'est ouvert à un large public, à des conditions abordables. Ces réseaux numériques offrent de grandes capacités et de vastes possibilités pour le traitement des données à caractère personnel. Le succès du développement transfrontalier de ces services dépend en partie de la confiance qu'auront les utilisateurs que ces services ne porteront pas atteinte à leur vie privée ».

du progrès technologique. La directive 97/66 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications<sup>2753</sup> constitue un premier cadre juridique adaptant spécifiquement le droit des données personnelles aux NTIC. Les technologies concernées sont les « réseaux numériques à intégration de services (RNIS) » et les « réseaux numériques mobiles »<sup>2754</sup>, soit Internet. A l'instar de la directive 95/46, qu'elle applique et prolonge dans le secteur des NTIC, cette directive pose le constat de la nécessité d'une protection instrumentale des données personnelles en vue du développement du Marché Intérieur<sup>2755</sup>, constat dont elle s'empresse d'ailleurs de souligner l'absence totale de nouveauté<sup>2756</sup>. Dans cette optique, cette directive acclimata certaines dispositions de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 au domaine alors naissant de l'Internet de masse. Elle prescrit ainsi une obligation de confidentialité des communications<sup>2757</sup>, l'anonymisation ou l'effacement des données de trafic et de connexion une fois la connexion établie et la communication terminée<sup>2758</sup>, le droit de recevoir des factures non détaillées<sup>2759</sup>, la possibilité d'établir une communication en « numéro caché »<sup>2760</sup>, le droit pour un abonné « d'obtenir gratuitement, sur demande, de ne pas figurer dans un annuaire, imprimé ou électronique, d'indiquer que les données le concernant ne peuvent pas être utilisées à des fins de prospection directe, que son adresse ne figure que partiellement dans l'annuaire et qu'aucune mention relative à son sexe n'y figure, lorsque cela se justifie du point de vue linguistique »<sup>2761</sup>, et le droit de ne pas faire l'objet de prospection directe au moyen d'automates d'appels sans son consentement<sup>2762</sup>.

La seconde étape de cette adaptation du droit des données personnelles aux aspects techniques des NTIC a consisté en l'adoption d'une directive spécifique au sein du « troisième paquet télécom » regroupant la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), la directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), la directive 2002/21/CE

2753 Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, Journal officiel n° L 024 du 30/01/1998 p. 1.

2754 Directive 97/66/CE précitée, considérant 4.

2755 Directive 97/66/CE précitée, considérant 3: « considérant que sont actuellement introduites dans les réseaux publics de télécommunications de la Communauté de nouvelles technologies numériques avancées qui posent des exigences spécifiques concernant la protection des données à caractère personnel et la vie privée des usagers; que le développement de la société de l'information se caractérise par l'introduction de nouveaux services de télécommunications; que le succès du développement transfrontalier de ces services, tels que la vidéo à la demande ou la télévision interactive, dépend en partie de la certitude qu'auront les utilisateurs que ces services ne porteront pas atteinte à leur vie privée ».

2756 Directive 97/66/CE précitée, considérant 5: « considérant que, dans sa résolution, du 30 juin 1988, sur le développement du marché commun des services et des équipements des télécommunications d'ici à 1992 (5), le Conseil a préconisé de prendre des mesures pour protéger les données à caractère personnel, afin de créer un environnement adéquat pour le développement futur des télécommunications dans la Communauté; que le Conseil a derechef souligné l'importance de la protection des données à caractère personnel et de la vie privée dans sa résolution, du 18 juillet 1989, concernant le renforcement de la coordination pour l'introduction du réseau numérique à intégration de services (RNIS) dans la Communauté européenne pour 1992 ».

2757 Directive 97/66/CE précitée, article 5.

2758 Directive 97/66/CE précitée, article 6.

2759 Directive 97/66/CE précitée, article 7.

2760 Directive 97/66/CE précitée, article 8.

2761 Directive 97/66/CE précitée, article 11.

2762 Directive 97/66/CE précitée, article 12, qui pose les bases de la lutte contre ce qui ne s'appelait pas encore à l'époque le « spam ».

du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive cadre), la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») et, texte qui nous intéressera plus spécialement, la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »)<sup>2763</sup>. Cette dernière, qui se substitue à la directive 97/66 qu'elle abroge, actualise dans son préambule l'exigence d'une protection instrumentale des données personnelles en vue de la réalisation de la société de l'information en l'adaptant aux développements de l'Internet survenus depuis 1997 ainsi qu'à l'accroissement global de la capacité de traitement des informations des processeurs informatiques<sup>2764</sup>. Elle reprend les différentes adaptations du droit des données personnelles introduites par la directive 97/66/CE, en se contentant de les adapter à l'évolution technologique<sup>2765</sup>.

Ce rôle de participation directe de mesures relatives aux données personnelles à des fins de création de la confiance dans les échanges électroniques a reçu une traduction explicite en droit interne, dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004. En effet, son objectif est de « contribuer au développement du commerce électronique en instillant un sentiment de confiance chez les acteurs du marché »<sup>2766</sup>. Plus prosaïquement, elle transpose la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique<sup>2767</sup>, les dispositions de la directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire sur les signatures électroniques<sup>2768</sup> et celles de la directive du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la

2763 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), Journal officiel n° L 201 du 31/07/2002 p. 0037 – 0047.

2764 Directive 2002/58/CE précitée, considérants 5, 6 et 7: « (5) De nouvelles technologies numériques avancées qui posent des exigences spécifiques concernant la protection des données à caractère personnel et de la vie privée des utilisateurs sont actuellement introduites dans les réseaux publics de communications de la Communauté. Le développement de la société de l'information se caractérise par l'introduction de nouveaux services de communications électroniques. L'accès aux réseaux mobiles numériques s'est ouvert à un large public, à des conditions abordables. Ces réseaux numériques offrent de grandes capacités et de vastes possibilités pour le traitement des données à caractère personnel. Le succès du développement transfrontalier de ces services dépend en partie de la confiance qu'auront les utilisateurs que ces services ne porteront pas atteinte à leur vie privée.

(6) L'Internet bouleverse les structures commerciales traditionnelles en offrant une infrastructure mondiale commune pour la fourniture de toute une série de services de communications électroniques. Les services de communications électroniques accessibles au public sur l'Internet ouvrent de nouvelles possibilités aux utilisateurs, mais présentent aussi de nouveaux dangers pour leurs données à caractère personnel et leur vie privée.

(7) Dans le cas des réseaux publics de communications, il convient d'adopter des dispositions législatives, réglementaires et techniques spécifiques afin de protéger les droits et les libertés fondamentaux des personnes physiques et les intérêts légitimes des personnes morales, notamment eu égard à la capacité accrue de stockage et de traitement automatisés de données relatives aux abonnés et aux utilisateurs ».

2765 Directive 2002/58/CE précitée, articles 5 à 13 inclus.

2766 CAPRIOLI Éric et AGOSTI Pascal, *op. cit.*, p. 4.

2767 Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 1.

2768 Directive 99/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n° L. 13 du 19 janvier 2000, p. 12.

protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques<sup>2769</sup>.

La protection du consommateur à l'encontre des éventuelles atteintes à ses données personnelles n'a donc plus comme objectif ultime cet objectif micro-économique qu'est la protection de la partie faible dans le cadre d'un échange déséquilibré mais un objectif d'ordre macro-économique, en ce que cette protection est nécessaire pour l'existence même du marché, « la confiance [étant] l'élément clé pour assurer le développement des échanges électroniques dans l'économie numérique »<sup>2770</sup>.

## *Section 2 – La libre disponibilité des données personnelles, objet d'un régime de police imparfait*

Dans le cadre de la coopération administrative internationale, la libre-disponibilité des données personnelles est consacrée dans une optique de gain d'effectivité de certaines administrations nationales par le développement de l'échange des données personnelles. Cet objectif passe par la création d'un réseau d'administrations nationales autorisant chacun des membres du réseau à exercer sa libre administration, c'est à dire à opérer librement le traitement transnational de données personnelles nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

Si l'objectif est de garantir la sécurité juridique de cette liberté, alors il faut prévenir les différents motifs d'interruption de ces flux. Le motif présenté dans les rares et récents instruments relatifs aux données personnelles est la protection des droits fondamentaux de la personne fichée et non l'ordre public. Or, il serait plus judicieux de recourir à une telle qualification car ces instruments ne sont pas adoptés dans le but de protéger les droits et libertés de la personne fichée, mais bien d'assurer la sécurité juridique de la liberté d'administration étendue à l'échange international de données. Ils constituent ainsi, de manière avérée, des instruments de police (§1). Mais la sensibilité de certains domaines de la coopération administrative a pu conduire à l'adoption d'instruments de police des données personnelles imparfaits. Cette approche diplomatique de l'encadrement de l'échange de données a clairement révélé ses limites. En effet, les instruments organisant la libre disponibilité des données personnelles sans garantir un minimum de protection de cet ordre public spécial voient leur sécurité juridique nettement amoindrie (§2).

### **§1 – Une fonction de police avérée**

Les instruments internationaux adoptés en matière de coopération administrative, à l'instar de ceux adoptés dans l'optique de l'achèvement du marché intérieur, instrumentalisent la protection de la personne fichée. Cette instrumentalisation n'est certes qu'implicite (A), mais cela ne l'empêche pas d'être effective (B).

2769 Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»), JOUE du 31 juillet 2002, p. 42.

2770 CAPRIOLI Éric et AGOSTI Pascal, *op. cit.*, p. 5.

## A/ Une instrumentalisation occultée

Les instruments organisant non pas une coopération administrative ponctuelle au coup par coup mais une coopération administrative impliquant des échanges intensifs et/ou automatiques d'informations sont récents<sup>2771</sup>. Pour autant, ils ne paraissent pas avoir une finalité très différente des instruments encadrant la libre circulation des données personnelles pour des fins économiques. En effet, dans les deux cas, l'objectif est d'assurer la sécurité juridique d'une ou de plusieurs libertés internationales en adoptant des instruments permettant en amont l'effacement ponctuel des frontières.

Mais à la différence du droit international économique, dont les finalités sont clairement définies, le droit de la coopération administrative internationale ignore le processus libéral qui le sous-tend. Or, ces deux corpus ne font qu'aménager des libertés différentes qui sont obligées de s'exprimer par le même canal de la liberté de traitement des données personnelles. Dans le cas du droit international économique, l'objectif recherché est l'abaissement ou la suppression des barrières tarifaires en vue d'assurer la libéralisation du commerce international, c'est à dire l'ensemble des libertés liées à ces activités. Dans le cas de la coopération administrative internationale, l'objectif est d'accroître la liberté d'administration de chacun des protagonistes, en augmentant les moyens à leur disposition pour accomplir efficacement leurs missions respectives. Ces deux libertés impliquent, pour leur exercice, la liberté de traitement des données.

La conséquence de la différence de proximité avec leur objet respectif est que le cadre de la coopération administrative internationale ne comporte pas les outils conceptuels propres au droit international économique lui permettant d'envisager le concept de mesures à adopter dans le but d'effacer les obstacles liés aux frontières. Il en résulte que les termes adoptés sont, en matière d'actes internationaux organisant entre différents États la libre disponibilité des données, inadaptés car reposant tous plus ou moins sur la notion de droit fondamental<sup>2772</sup>.

Cette dernière notion est employée alors pour désigner la contrainte à respecter afin de mettre en œuvre une procédure d'échange d'informations conforme au droit. Cette contrainte est présentée de manière objective et impérative, ce qu'elle est, sans que ne soit indiqué en quoi elle conditionne la validité de l'échange de données. L'emploi du concept d'ordre public spécial paraît plus adapté car, en plus de désigner un même contenu -la protection impérative de valeurs-, elle implique que cette protection n'est pas effectuée *per se* mais dans l'objectif de rendre l'exercice d'une liberté compatible avec les droits et libertés d'autrui. Cette intention n'étant pas précisée dans les instruments internationaux relatifs à l'échange d'informations, il manque alors une étape logique afin de comprendre pourquoi un standard relatif aux données personnelles est nécessaire à l'établissement de cette relation d'échange de données. C'est en cela que l'emploi de la notion d'ordre public des données personnelles paraît davantage pertinent que celle de droit fondamental à la protection des données.

Malgré cela, ces instruments évoquent tous la notion de droit fondamental. Trois raisons le justifient.

2771 Ainsi, il n'existe à notre connaissance aucune thèse en langue française soutenue et consacrée au sujet de la coopération administrative ou de l'échange d'informations, hormis celle de KILIC Ramazan, *La coopération administrative internationale en matière fiscale, Superposition et mise en œuvre des traités dans l'espace européen*, Lyon 3, 2010. Ses résultats sont synthétisés dans KILIC Ramazan, « L'instrument privilégié de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale: la coopération administrative internationale en matière fiscale », *Gestion & Finances Publiques*, Décembre 2011, n° 11, pp. 928-935.

2772 Ou, plus spécifiquement à la matière fiscale, sur celle de garanties du contribuable.

La première est la focalisation exclusive sur les intérêts de la personne fichée. Elle implique de concevoir les nouvelles prérogatives informationnelles de l'État partie à un tel réseau davantage comme un pouvoir subi par la personne fichée que comme l'expression de la liberté pour l'État de s'administrer librement pour accomplir ses fins. Ainsi, seuls les droits et libertés fondamentaux de la personne fichée sont considérés et non cette liberté de moyens et non de fin qu'est la libre administration au profit des États parties à ce réseau<sup>2773</sup>. Elle s'explique principalement dans la mesure où ce sont les personnes morales de droit public qui sont les exclusives bénéficiaires de la libre disponibilité des données personnelles. Cet accroissement de liberté pour son titulaire s'envisage alors logiquement, du point de vue des personnes dont les données sont traitées, comme un accroissement de leurs pouvoirs. L'accroissement de ces pouvoirs suscite alors légitimement la question de leur impact sur les droits et libertés fondamentaux de la personne fichée. Or, une telle focalisation est excessive et les deux intérêts doivent être présents à l'esprit. Quel est l'objectif lorsque deux ou plusieurs États organisent un échange automatique de renseignements, y incluant des données personnelles? Ils rendent le travail de leurs administrations respectives plus efficace. Ils déjouent par la coopération d'entités étatiques souveraines les éventuelles fraudes ou abus d'habileté ou de *forum shopping* mis en œuvre par les personnes privées, par exemple en matière d'évasion fiscale<sup>2774</sup>. La focalisation sur la personne fichée tend, en apparence, à faire perdre de vue l'intérêt de l'accroissement de la liberté d'administration des États parties à un échange de données.

La seconde est l'imprécision de la démarche employée. Pour assurer la sécurité juridique d'une aire d'échange de données personnelles, la nécessité d'adopter un faisceau de garanties communes a été soulignée. A notre connaissance, c'est la formulation la plus précise qui existe sur le sujet pour traduire dans ce domaine de la coopération administrative la conditionnalité d'une protection effective de la personne fichée pour le bon fonctionnement d'un réseau d'autorités ou d'un fichier commun<sup>2775</sup>. Alors qu'en droit économique, la directive 95/46 a pour but de lever une barrière non tarifaire en harmonisant le degré de réglementation des traitements de données personnelles et que cet objectif est explicitement rappelé dans les considérants introductifs, les actes de l'UE relatifs à ces traitements dans le cadre de la coopération administrative sont beaucoup plus vagues sur la question. Ainsi, dans certains cas, l'impérativité de la protection des données personnelles est posée sans aucune explication<sup>2776</sup>. A peine plus explicites, certains actes de l'UE peuvent présenter la protection des droits et libertés fondamentales de la personne fichée comme un instrument de facilitation des échanges de données, mais en les faisant apparaître comme une finalité parallèle de légitimité à celle de recherche d'efficacité<sup>2777</sup>. Ils peuvent

2773 Voir *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1.

2774 KILIC Ramazan, « L'instrument privilégié de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale: la coopération administrative internationale en matière fiscale », *op. cit.*, p. 928.

2775 Pour un exemple centré sur le droit communautaire de la concurrence, mais qui peut être généralisé à d'autres problématiques dans le cadre européen, voir SIRINELLI Jean, *op. cit.*, p. 198: « la libre circulation de l'information administrative doit être maîtrisée. Pour que l'information puisse librement circuler sur le réseau, il est nécessaire que se développe une « communauté de garanties » auxquelles obéissent les autorités de concurrence lors de l'obtention de ces informations ».

2776 Décision 2008/49/CE de la Commission du 12 décembre 2007 relative à la protection des données à caractère personnel dans le cadre de la mise en œuvre du Système d'information du marché intérieur (IMI) [notifiée sous le numéro C(2007) 6306], Journal officiel n° L 013 du 16/01/2008 p. 18, préambule, considérant 5 : « La protection des données à caractère personnel devant être garantie dans le cadre de l'IMI, il y a lieu de compléter, à cet effet, la décision établissant l'IMI. (...) ».

2777 Une telle mise en parallèle de ces deux finalités se trouve dans la Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin

également la présenter comme une finalité concurrente à ménager dans le cadre d'un équilibre à fixer<sup>2778</sup>. Dans cette optique, ces actes auraient alors pour objet de rendre plus efficace et plus légitime la coopération pénale et judiciaire au sein de l'UE par l'établissement d'un standard commun de protection des données personnelles. Une telle présentation n'est pas fautive mais s'avère incomplète car elle laisse sous-entendre que l'échange de données pourrait avoir lieu sans l'adoption de ce standard et ainsi ne risquer que de paraître « illégitime » car ne protégeant pas les droits et libertés de la personne fichée. Or, tel n'est pas le cas: une procédure d'échange de données personnelles au sein de l'UE, ou impliquant un de ses États membres avec un État tiers<sup>2779</sup>, ne comportant pas la fixation d'un standard commun aboutirait simplement à un réseau d'échange d'informations peu efficace. Cette inefficacité résulterait de la disparité du degré de protection assuré par les différents États membres en matière de traitements de données personnelles en matière judiciaire et pénale, source d'insécurité juridique, de contentieux et, *in fine*, de réticence de certains de ses participants à laisser s'échapper leurs données personnelles vers des États ne comportant pas un niveau adéquat de garantie de protection des données. D'où le lien que fait cette directive entre un certain degré de protection suffisant de la personne fichée et la confiance mutuelle des États membres<sup>2780</sup>.

Ainsi, de manière générale, la mention des droits fondamentaux comme obstacle à la libre-disponibilité des données personnelles est rarement évoquée. La dénomination la plus explicite en matière de coopération administrative demeure encore à cet égard le constat de l'incompatibilité

2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, p. 1–11, considérant 17 : « Une coopération policière et judiciaire plus étroite en matière pénale doit aller de pair avec le respect des droits fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel (...) ». Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, considérant 3: « La législation qui relève du titre VI du traité sur l'Union européenne devrait promouvoir la coopération policière et judiciaire en matière pénale du point de vue de son efficacité, de sa légitimité et du respect des droits fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel. Des normes communes relatives au traitement et à la protection des données à caractère personnel traitées dans le but de prévenir et de combattre la criminalité contribuent à la réalisation de ces deux objectifs » et considérant 8: « Pour faciliter les échanges de données dans l'Union, les États membres se proposent de faire en sorte que le niveau de protection des données atteint pour le traitement de données à l'échelon national corresponde à celui prévu par la présente décision-cadre. En ce qui concerne le traitement national des données, la présente décision-cadre n'empêche pas les États membres de prévoir pour la protection des données à caractère personnel des garanties plus rigoureuses que celles qui sont établies par la présente décision-cadre ».

2778 Décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne, considérant 11 : « L'intérêt commun qui unit les États membres dans la lutte contre la criminalité à caractère transfrontière doit établir le juste équilibre entre une coopération rapide et efficace en matière de répression et les principes et règles reconnus concernant la protection des données, les libertés fondamentales, les droits de l'homme et les libertés individuelles ».

2779 Ce qui semble être le cas de la loi ratifiant la convention FATCA entre la France et les États-Unis. Sur cette question, voir *infra*.

2780 Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, considérant 5: « L'échange de données à caractère personnel dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, et notamment de la mise en œuvre du principe de disponibilité des informations au sens du programme de La Haye, devrait être étayé par des règles claires qui renforcent la confiance mutuelle entre les autorités compétentes et garantissent la protection des informations pertinentes en excluant toute discrimination concernant cette coopération entre les États membres tout en respectant pleinement les droits fondamentaux des personnes. Les instruments qui existent au niveau européen ne sont pas suffisants ».

du principe de libre disponibilité des données avec les « écarts entre les niveaux de protection [faisant] obstacle à l'échange d'informations confidentielles »<sup>2781</sup>. L'harmonisation en la matière est alors implicite<sup>2782</sup>, sans que les concepts qui y sont associés dans le cadre du Marché intérieur ne soient rappelés et adaptés à la matière de la coopération administrative. Or, le mécanisme demeure fondamentalement le même selon que l'on considère le droit économique ou le droit de la coopération administrative: la personne fichée n'est protégée que dans l'optique d'assurer la sécurité juridique d'un aspect de la liberté de traiter des données personnelles. Les droits et libertés de la personne fichée ne sont pas protégés *per se* mais seulement dans la mesure où leur non respect pourrait remettre en cause la sécurité juridique de la relation internationale.

La troisième raison, directement liée à la précédente, est que les droits fondamentaux ne sont habituellement pas conçus comme des obstacles à l'exercice d'une liberté. Dans ces conditions, encadrer au préalable la réalisation d'une aire de partage de renseignements personnels en établissant des valeurs communes est naturellement plus facilement envisagé comme une obligation générale de l'État de respecter les droits et libertés fondamentaux des personnes humaines vivant sur son territoire que comme la levée d'un obstacle à l'exercice de sa liberté de moyens. Cette tendance est d'autant plus favorisée que la question n'a été posée jusqu'à présent que dans le cadre de contentieux spécifiquement centrés sur les droits et libertés de la personne fichée. Ainsi, alors que dans la jurisprudence administrative interne, la communication de données à l'extérieur d'un service qui les a récoltées et utilisées pour une fin légitime permet juste d'écartier la qualité de mesure d'ordre intérieur avec la jurisprudence *Deberon* du Conseil d'État, dans la jurisprudence de l'UE, la communication de données personnelles à un tiers autre que l'auteur initial du traitement de données constitue en soi une atteinte au droit au respect de la vie privée<sup>2783</sup>. Dans ce dernier cas, les nécessités du service sont implicites et l'attention n'est focalisée que sur les motifs légitimes de son interruption. L'existence d'un droit administratif européen<sup>2784</sup> centré non pas sur la protection de la personne fichée mais sur la traduction en droit de l'accomplissement par l'UE de ses missions d'intérêt général aurait pu permettre cela, à l'instar du droit interne avec son arrêt *Deberon*.

### *B/ Une instrumentalisation pourtant effective*

La notion d'ordre public a l'avantage de désigner une protection impérative de valeurs et/ou d'intérêts nécessaires à la vie en société réalisée dans l'objectif de permettre l'exercice le plus large

2781 Proposition de Décision-cadre du Conseil relative à l'échange d'informations en vertu du principe de disponibilité, COM (2005) 490 final du 12 octobre 2005, p. 3.

2782 Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, Journal officiel n° L 350 du 30/12/2008 p. 0060 – 0071.

2783 CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a., précit.*, §74: « Force est de constater que, si la simple mémorisation par l'employeur de données nominatives relatives aux rémunérations versées à son personnel ne saurait, comme telle, constituer une ingérence dans la vie privée, la communication de ces données à un tiers, en l'occurrence une autorité publique, porte atteinte au droit au respect de la vie privée des intéressés, quelle que soit l'utilisation ultérieure des informations ainsi communiquées, et présente le caractère d'une ingérence au sens de l'article 8 de la CEDH ». Au terme du §75 de cette décision, il n'est même pas nécessaire que cette communication de données personnelles ait causé un préjudice quelconque à la personne fichée: « Pour établir l'existence d'une telle ingérence, il importe peu que les informations communiquées présentent ou non un caractère sensible ou que les intéressés aient ou non subi d'éventuels inconvénients en raison de cette ingérence (voir, en ce sens, arrêt *Amann c. Suisse*, précité, § 70). Il suffit de constater que des données relatives aux revenus perçus par un travailleur ou un pensionné ont été communiquées par l'employeur à un tiers ».

2784 AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007.

possible d'une liberté. Dire des instruments relatifs aux données personnelles en droit de la coopération administrative internationale qu'ils protègent non pas le droit fondamental à la protection des données mais l'ordre public spécial correspondant permet ainsi de mettre en lumière le caractère instrumental d'une telle protection et l'objectif véritable de ces normes: garantir la sécurité juridique de la libre disponibilité des données.

Cette recherche de sécurité juridique passe par la définition systématique, au sein des instruments internationaux assurant l'échange d'informations, d'un noyau dur d'obligations relatives au traitement de données personnelles. Ce noyau dur vise à imposer préventivement un degré de protection des données personnelles calqué sur les exigences constatées en jurisprudence, et formalisé à l'article 52,1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Il permet ainsi de soumettre en amont tous les échanges d'informations à un standard de protection auquel de toutes façons, ces traitements peuvent être à n'importe quel moment évalués en aval par une juridiction nationale ou internationale. Ces instruments constituent ainsi des lois de police dans la mesure où ils ont pour objet de régler préventivement un conflit de lois.

La détermination d'un noyau dur de garanties relatives à la protection des données personnelles permet ainsi de lever les obstacles juridiques à leur circulation transfrontières. Il y a alors harmonisation à l'instar de ce que l'on observe au sein du premier pilier. Le but de ce noyau dur étant d'assurer la sécurité juridique de la liberté d'échange d'information, son contenu est, dans les faits, déterminé soit par référence à un standard international commun, soit par l'état de la législation la plus protectrice au sein des États participant à l'échange. En effet, l'intérêt dans la création d'une telle aire de partage des renseignements personnels étant que ces échanges puissent se faire, et ce avec un minimum d'efficacité. A cet égard, le degré de protection harmonisé est secondaire par rapport à l'objectif d'établir une liberté de communication. Il est donc naturel que les réticences de l'État membre disposant du niveau de garantie le plus élevé soient levées par un alignement sur son standard.

Une telle instrumentalisation est effective à raison du but explicité au sein de chacun de ces instruments : permettre la « libre disponibilité des données personnelles » entre États participant à l'échange. Au sein de cette expression, l'idée de liberté est caractérisée à la fois par la faculté offerte à ses titulaires mais également à la confiance qu'auront ces titulaires dans l'innocuité qu'aura l'exercice de cette liberté à leur rencontre ou à l'encontre de leurs ressortissants. Il s'agit alors tout autant d'un exercice de sécurisation juridique que de susciter la confiance des États dans l'innocuité et la fiabilité de l'opération. On se situe à cet égard dans une situation un peu comparable à ce que l'on observe en droit de la consommation dans le cadre du commerce électronique: chercher à lever les obstacles autant juridiques que psychologiques à l'échange dématérialisé. Lorsque les risques d'atteinte à la sécurité juridique des échanges de données personnelles se trouvent *a priori* écartés par la fixation préalable de règles relatives à ces données, alors on peut considérer qu'il y a libre disponibilité des données. Pour l'heure, cette situation ne s'observe pour l'essentiel qu'en droit de l'UE. Concrètement, cela implique l'adoption systématique de dispositions relatives aux données personnelles par des renvois, des clauses ou des actes spécifiques, au renfort d'instruments organisant un échange d'informations. L'adoption de ces instruments ou de ces dispositions relatives aux données personnelles a alors pour objet d'assurer la sécurité juridique de la libre administration des États membres de l'UE, et pour effet seulement de garantir la protection de la personne fichée. Dans ces conditions, la libre disponibilité des données personnelles désigne un aspect de la liberté pour toute institution de

s'administrer aménagée avec la nécessaire protection des droits et libertés de la personne fichée.

En tant que tel, le principe de libre-disponibilité des données personnelles n'est consacré explicitement sous cette formulation qu'en droit de l'UE et, plus précisément, dans le cadre de la création de l'ESLJ. Dans ce cadre restreint, il se définit alors comme le principe selon lequel, « dans l'ensemble de l'Union, tout agent des services répressifs d'un État membre qui a besoin de certaines informations dans l'exercice de ses fonctions peut les obtenir d'un autre État membre, l'administration répressive de l'autre État membre qui détient ces informations les mettant à sa disposition aux fins indiquées »<sup>2785</sup>.

Peu consacré, le principe de libre disponibilité des données personnelles constitue pourtant l'objectif à l'origine de l'adoption d'instruments internationaux relatifs aux données personnelles. Ce principe, complémentaire de celui de libre-circulation des données personnelles entre personnes privées, implique la liberté pour les personnes publiques soit de s'échanger entre elles des données personnelles à des fins de réalisation de leurs missions respectives soit, plus simplement, d'y accéder pour la réalisation de leurs missions d'intérêt général respectives. Il ne constitue que le prolongement sur le plan international de la liberté d'administration mise en évidence dans l'ordre interne. A ce titre, il apparaît comme la condition *sine qua non* de toute politique de coopération administrative internationale.

Cette conditionnalité s'exprime dans la consécration systématique au sein de ces instruments de dispositions relatives, directement ou indirectement, à la protection de la personne fichée.

Cette protection peut être indirecte et réalisée par un simple rappel de la soumission des échanges à un instrument déjà existant relatif aux données personnelles, comme en matière de coopération fiscale. On remarquera à cet égard que la référence à des instruments relatifs aux données personnelles ne vaut pas en soi référence à la seule protection des droits et libertés de la personne fichée, dans la mesure où elle est redoublée d'une clause relative à l'obligation pour cette directive de respecter les droits fondamentaux<sup>2786</sup>.

Elle peut également être directement réalisée au sein des instruments relatifs à l'échange de données. Tel est notamment le cas en matière de coopération entre les administrations douanières des membres de l'UE. Ainsi, l'instrument qui la fonde comporte tout un titre consacré à la réglementation des traitements de données personnelles, qui constitue un condensé complet des dispositions de la directive 95/46<sup>2787</sup>. Elle peut également, comme c'est le cas avec la décision-

2785 Communication du Conseil, *Le programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne*, JOUE C 53/07 du 3 mars 2005.

2786 Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, Journal officiel n° L 064 du 11/03/2011 p. 0001 – 0012, préambule, considérants 27 et 28 : « (27) Tous les échanges d'informations visés dans la présente directive sont soumis aux dispositions d'application de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données [5] et du règlement (CE) no 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données [6]. Toutefois, il convient d'envisager des limitations de certains droits et obligations prévus par la directive 95/46/CE, afin de sauvegarder les intérêts visés à l'article 13, paragraphe 1, point e), de ladite directive. Ces limitations sont nécessaires et proportionnées compte tenu des pertes de recettes potentielles pour les États membres et de l'importance capitale des informations visées par la présente directive pour l'efficacité de la lutte contre la fraude. (28) La présente directive respecte les droits fondamentaux et est conforme aux principes reconnus, en particulier, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

2787 Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'assistance mutuelle et

cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008, être systématiquement établie à l'avance par l'adoption d'un instrument *ad hoc* spécifiquement dédié à la réglementation de ces traitements de données dans le domaine de la coopération administrative<sup>2788</sup>.

Mais dans tous les cas, imaginer que la protection de la personne fichée constitue l'objet réel de ces instruments constitue une illusion : elle constitue un passage obligé, la levée de l'équivalent d'une barrière non tarifaire, mais en rien l'objectif qui demeure celui de la libre-disponibilité des données personnelles entre les États participant à l'échange.

## §2 – Une fonction mise en échec par un régime de police imparfait

La cause essentielle de cette imperfection tient, en la matière, au poids particulier des considérations diplomatiques par rapport aux considérations strictement juridiques. La conséquence essentielle est la rareté et l'imperfection des conventions de police ayant pour objet la consécration et l'aménagement de la libre disponibilité des données personnelles. Dans ces conditions, la sécurité juridique de la plupart de ces instruments conventionnels adoptés par l'UE apparaît donc au mieux comme inégale en matière de coopération administrative internationale (A), au pire comme fragile dans le cadre plus spécifique de la coopération euro-américaine en matière d'échange de données personnelles liées à la sécurité (B).

### *A/ Une protection inégale des données personnelles dans le cadre de la coopération administrative internationale*

Il n'existe pas de standard véritablement international relatif à l'utilisation et à la protection des données personnelles. Dès lors, la volonté de sécuriser juridiquement la libre disponibilité de ces données impliquée par un nombre croissant d'échanges transnationaux de données se traduit par l'insertion de clauses relatives au traitement de ces données au sein des accords internationaux organisant une telle liberté. La présence d'une telle clause n'empêchera pas le juge européen ou de l'UE d'effectuer un contrôle *a posteriori*. Mais elle permet d'en minimiser fortement l'éventualité en l'insérant comme une obligation explicite pour les parties à une convention internationale.

En effet, en cas d'échange de données personnelles vers des États n'assurant pas un niveau suffisant de protection des données, l'absence d'une telle clause entraîne pour la sécurité juridique de la convention et de ses actes d'application un risque majeur au regard de l'exigence de prévisibilité de l'atteinte posée par l'article 8 de la CESDH et par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>2789</sup>. Tel est par exemple à notre avis le cas de l'accord *FATCA* d'échange

à la coopération entre les administrations douanières, Journal officiel n° C 024 du 23/01/1998 p. 2, Titre V, sp. article 25 relatif à la « Protection des données échangées ».

2788 Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JOUE n° L 350 du 30/12/2008 p. 60.

2789 Ce dernier a été récemment interprété par la CJUE comme impliquant les mêmes exigences en terme de prévisibilité d'atteinte aux droits fondamentaux. Voir CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié, § 54. La Cour souligne d'ailleurs qu'une telle garantie est d'autant plus importante quand l'échange de données n'a pas lieu au coup par coup mais est automatique (§55).

automatique de données en matière fiscale entre la France et les États-Unis<sup>2790</sup>. En effet, le texte même de cet accord, signé le 14 novembre 2013, ne comporte littéralement aucune disposition relative aux garanties des contribuables applicable à cet échange de données. Ratifié le 30 septembre dernier sans qu'aucune saisine du Conseil constitutionnel n'ait pu intervenir, sa sécurité juridique paraît, à notre sens, compromise. Mais pour autant, le degré de sécurité juridique apporté par ces clauses ne constitue pas une garantie absolue en terme de sécurité juridique. L'effectivité d'un tel procédé apparaît même comme foncièrement inégale, impliquant de distinguer quatre degrés croissants de sécurité juridique.

Le premier de ces degrés consiste en l'inclusion d'une clause purement formelle au sein de certains accords de coopération. Le principe d'une soumission de l'échange de données à un degré suffisant de protection des données personnelles est admis, mais en pratique, de tels accords sont dépourvus du moindre commencement de mesure concrète d'application. Ce caractère formel s'établit par l'absence de dispositions établissant clairement des obligations réciproques. Ainsi, l'accord d'association entre l'UE et l'Organisation de libération de la Palestine (OLP), agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza se borne à contenir une déclaration commune relative à la protection des données personnelles, au terme de laquelle « Les parties conviennent que la protection des données sera garantie dans tous les domaines où l'échange de données à caractère personnel est envisagé »<sup>2791</sup>. Ce premier niveau particulièrement flou de protection des données personnelles dans le cadre de l'échange international de données personnelles entre personnes publiques est également illustré dans l'accord entre l'UE et l'Algérie<sup>2792</sup>. De même, au sein des conventions d'entraide pénale entre l'UE d'une part, le Laos et le Cambodge d'autre part, l'échange de données peut être réalisé « sous réserve d'une protection adéquate des données à caractère personnel »<sup>2793</sup>, sans la moindre mention supplémentaire.

La sécurité juridique est mieux assurée lorsque les flux internationaux de données personnelles entre personnes publiques sont subordonnés aux principes essentiels de confidentialité, d'équivalence et de finalité. Le premier de ces principes implique de la part de l'État ou l'organisation internationale récepteur une obligation de non divulgation volontaire ou involontaire des données échangées, ce qui implique notamment l'adoption de mesures de sécurité pour encadrer les traitements de données. Le second de ces principes subordonne le transfert à l'existence soit d'une équivalence dans le niveau de protection des données personnelles entre l'État ou l'organisation internationale émetteur et l'État ou l'organisation internationale récepteur,

2790 Loi n° 2014-1098 du 29 septembre 2014 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), *JORF* n°0226 du 30 septembre 2014, Texte n°1.

2791 Accord d'association euro-méditerranéen intérimaire relatif aux échanges et à la coopération entre la Communauté européenne, d'une part, et l'Organisation de libération de la Palestine (OLP), agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, d'autre part, Journal officiel n° L 187 du 16/07/1997 p. 3.

2792 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part, Journal officiel n° L 265 du 10/10/2005 p. 2, article 45: « Les parties s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection de données à caractère personnel afin d'éliminer les obstacles à la libre circulation de telles données entre les parties ».

2793 Accord de Coopération entre la Communauté européenne et la République démocratique populaire lao, Journal officiel n° L 334 du 05/12/1997 p. 15, article 11 ; une formulation similaire est retenue également dans l'Accord de coopération entre la Communauté européenne et le Royaume du Cambodge, Journal officiel n° L 269 du 19/10/1999 p. 18.

soit de l'existence d'un niveau de protection adéquat<sup>2794</sup>. Le troisième subordonne l'échange de données à une utilisation de ces données par l'État récepteur qui soit strictement limitée à la finalité pour laquelle a lieu l'échange. La subordination de la libre disponibilité des données personnelles à ces trois principes essentiels constitue une option très largement utilisée<sup>2795</sup> à laquelle il n'existe qu'une variante portant sur le fond des dispositions relatives à la protection des données au sein de l'État récepteur et conduisant à amoindrir la portée<sup>2796</sup> ou à ignorer le principe de confidentialité<sup>2797</sup>. Enfin, cette option peut se combiner avec l'option précédente consistant à adjoindre à ces principes essentiels une déclaration d'intention en annexe de la convention, exprimant le projet des deux parties de protéger les données personnelles dans tous les domaines de l'accord mais n'apportant en soi, quelles que soient les variations sémantiques, aucune plus-

2794 L'emploi du qualificatif d'adéquat à la place de celui d'équivalent conduit à fixer un standard moins élevé de protection des données. Cet emploi est heureusement rare dans ce type de convention. Pour un exemple, voir Accord intérimaire en vue d'un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États de l'APE CDAA, d'autre part, Journal officiel n° L 319 du 04/12/2009 p. 3.

2795 Cette option a été choisie soit dans le texte même des accords ci-dessous, soit au sein d'un protocole annexé au texte principal: Accord sur la coopération et l'assistance mutuelle administrative en matière douanière entre la Communauté européenne et la République de Corée, Journal officiel n° L 121 du 13/05/1997 p. 14; Accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et la Confédération suisse ajoutant à l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse un protocole additionnel relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 169 du 27/06/1997 p. 77; Accord de coopération douanière et d'assistance mutuelle en matière douanière entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique, Journal Officiel n° L 222 du 12/8/1997, p. 17.; Accord entre la Communauté européenne et le Canada sur la coopération douanière et l'assistance mutuelle en matière douanière, Journal Officiel n° L 7 du 13/01/1998, p. 38; Accord entre la Communauté européenne et Hong Kong (Chine) relatif à la coopération et à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal Officiel n° L 151 du 18/06/1999, p. 21; Accord intérimaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, Journal officiel n° L 124 du 04/05/2001 p. 2; Accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et la République du Chili ajoutant à l'accord-cadre de coopération un protocole relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 21; Accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et la République de Chypre ajoutant à l'accord d'association entre la Communauté économique européenne et la République de Chypre un protocole relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 229 du 25/08/2001 p. 6; Accord de coopération et d'assistance administrative mutuelle en matière douanière entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République populaire de Chine, Journal Officiel n° L 375 du 23 12 2004, p. 20; Accord intérimaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, d'une part, et la République de Serbie, d'autre part, Journal officiel n° L 028 du 30/01/2010 p. 2; Accord intérimaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Turkménistan, d'autre part, Journal officiel n° L 080 du 26/03/2011 p. 21.

2796 Dans le cadre de l'accord de coopération administrative entre l'UE et le Japon, les principes de finalité et de confidentialité se trouvent sérieusement écornés par le rappel de la soumission de principe des services douaniers de l'État récepteur à leurs obligations légales de communiquer toutes informations qui seraient en leur possession. Voir ainsi l'Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon relatif à la coopération et à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 062 du 06/03/2008 p. 24, article 16.6: « Le présent article n'exclut pas l'utilisation ou la divulgation d'informations dans la mesure où il existe une obligation à cet égard en vertu des lois et des règlements de la partie contractante des autorités douanières qui les ont reçues. Dans la mesure du possible, ces autorités douanières notifient préalablement une telle divulgation aux autorités douanières qui ont fourni les informations. La partie contractante destinataire, sauf dispositions contraires acceptées par la partie contractante qui a fourni les informations, utilise, le cas échéant, toutes les mesures disponibles en vertu des lois et des règlements en vigueur de la partie destinataire pour assurer la confidentialité des informations et protéger les données à caractère personnel, en ce qui concerne les demandes de divulgation des informations concernées par un tiers ou d'autres autorités ».

value en terme de protection des données<sup>2798</sup>.

Commençant à atteindre un niveau de sécurité juridique acceptable, le troisième de ces degrés se caractérise par le cumul des éléments précédents avec l'adoption d'un standard général commun de protection des données personnelles dans le cadre de l'échange considéré. La fixation de ce standard peut se faire par désignation d'une norme internationale ou par l'insertion au sein ou en annexe de cet instrument international de dispositions détaillées relatif à un standard de protection de base. Dans le cas de cette dernière option, les principes de bases adoptés assurent de manière explicite la soumission de l'échange non directement aux instruments communautaire de protection des données personnelles, mais à une version condensée mais néanmoins précise de ses principes les plus élémentaires<sup>2799</sup>. En cas de renvoi à une norme internationale de protection, deux cas de figure se présentent, selon que les États ou organisations internationales parties à la convention de coopération administrative ont signé la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe ou pas. Dans le premier cas, les normes internationales désignées s'orientent le plus souvent vers des instruments n'ayant aucun caractère contraignant, comme les *Lignes directrices* de l'ONU et/ou celles de l'OCDE<sup>2800</sup>. Dans le second cas, un degré supplémentaire de protection des données

- 2797 Un tel cas se présente essentiellement en matière de coopération pénale, dans lesquels la majeure partie des accords organisant directement ou incidemment la libre disponibilité des données ne comporte que les garanties des principes d'équivalence et de finalité: Accord entre la Communauté européenne et la République de Bolivie relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 3; Accord entre la Communauté européenne et la République de Colombie relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 11; Accord entre la Communauté européenne et la République de l'Équateur relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 19 ; Accord entre la Communauté européenne et la République du Pérou relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 27; Accord entre la Communauté européenne et la République du Venezuela relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 35; Accord de Coopération entre la Communauté européenne et les États-Unis mexicains pour le contrôle des précurseurs et des substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 077 du 19/03/1997 p. 24.
- 2798 Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Ouzbékistan, d'autre part, Journal officiel n° L 229 du 31/08/1999 p. 3; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, Journal officiel n° L 129 du 15/05/2002 p. 3; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part, Journal officiel n° L 304 du 30/09/2004 p. 39; Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République du Tadjikistan, d'autre part, Journal officiel n° L 350 du 29/12/2009 p. 3.
- 2799 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, Journal officiel n° L 097 du 30/03/1998 p. 2; Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, agissant dans le cadre de l'Union européenne, d'une part, et la République de Slovénie, d'autre part, Journal officiel n° L 051 du 26/02/1999 p. 3; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part, Journal officiel n° L 070 du 18/03/2000 p. 2.
- 2800 Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, Journal officiel n° L 289 du 30/10/2008 p. 3, article 197,1,c, note de bas de page n° 29 ; Accord de libre échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la

personnelles est réellement apporté par la référence à la Convention n° 108 en raison de la normativité de cette dernière<sup>2801</sup>.

Le dernier degré offre une garantie particulièrement élevée de protection des données personnelles. Mais ces accords présentent un caractère très hétérogène dans leur objet. En effet, d'une part, cette catégorie regroupe des conventions n'ayant pas pour but principal l'organisation de la coopération administrative et, au delà, visent à établir des relations particulièrement privilégiées entre l'UE et les organisations internationales ou États parties à ces accords. En plus de clauses relatives à l'organisation de la coopération administrative dans un contexte de garantie de la protection des données personnelles décrit dans le premier degré, la matière même des données personnelles peut alors faire l'objet de dispositions spécifiques de coopération entre les deux parties<sup>2802</sup>.

A cet égard, l'accord d'association conclu entre l'UE et l'Ukraine le 21 mars 2014 et ratifié par le Parlement européen le 16 septembre de la même année<sup>2803</sup> peut être considéré comme exemplaire. En effet, non content d'inscrire comme « éléments essentiels » à cet accord le respect des droits de l'homme, tels que garantis notamment par la CESDH<sup>2804</sup>, cet instrument énonce l'obligation de protéger les données personnelles dans le domaine de la coopération en matière de justice, de liberté et de sécurité<sup>2805</sup>, de coopération douanière<sup>2806</sup>, de circulation transfrontière des informations financières<sup>2807</sup> et de commerce électronique<sup>2808</sup>. L'annexe XLIII relative au titre VI de cet accord, consacré à la coopération financière et aux dispositions antifraude, soumet tous les échanges de données personnelles réalisés à cet effet à la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et à un standard commun *ad hoc*<sup>2809</sup>. Un régime en tous points similaires est prévu

République de Corée, d'autre part, JO L 127 du 14/05/2011, p. 6, article 7.43,b), note de bas de page n° 41.

2801 Décision n° 1/95 du Conseil d'association CE-Turquie, du 22 décembre 1995, relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière, Journal officiel n° L 035 du 13/02/1996 p. 1; Décision n° 1/1999 de la Commission mixte CE/AELE «transit commun» du 12 février 1999 modifiant les appendices I, II et III de la convention du 20 mai 1987 relative à un régime de transit commun, Journal officiel n° L 065 du 12/03/1999 p. 50; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'État d'Israël, d'autre part, Journal officiel n° L 147 du 21/06/2000 p. 3.; Décision n° 1/2000 de la Commission mixte CE-AELE "Transit commun" du 20 décembre 2000 portant amendement de la convention du 20 mai 1987 relative à un régime de transit commun, Journal officiel n° L 009 du 12/01/2001 p. 1; Décision n° 1/2008 de la Commission mixte CE-AELE Transit commun du 16 juin 2008 modifiant la convention du 20 mai 1987 relative à un régime de transit commun, Journal officiel n° L 274 du 15/10/2008 p. 1.

2802 Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part, Journal officiel n° L 311 du 04/12/1999 p. 3, article 91: « 1. Les parties coopèrent en vue d'améliorer le niveau de protection du traitement des données à caractère personnel, en prenant en considération les normes internationales. 2. La coopération sur la protection de données à caractère personnel peut comprendre une assistance technique consistant en des échanges d'informations et d'experts et l'élaboration de programmes et de projets communs. 3. Le Conseil de coopération examine périodiquement les progrès accomplis en ce sens » ; Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part Journal officiel n° L 352 du 30/12/2002 p. 3, article 30.

2803 Accord d'association entre l'Union européenne et ses États membres d'une part, et l'Ukraine d'autre part, JO L 161 du 29/05/2014, p. 3.

2804 *Ibid.*, articles 2 et 14.

2805 *Ibid.*, article 15.

2806 *Ibid.*, article 80.

2807 *Ibid.*, article 129.

2808 *Ibid.*, article 139.

2809 *Ibid.*, annexe XLIII relative au titre VI de cet accord, consacré à la coopération financière et aux dispositions antifraude, article 1 « 1. Aux fins de la bonne exécution de la présente annexe, les autorités compétentes de l'Ukraine et de l'UE procèdent régulièrement à des échanges d'informations et, à la demande de l'une des

également en matière d'assistance administrative mutuelle en matière douanière<sup>2810</sup>.

Dans le même ordre d'idée, les accords visant à préparer l'adhésion de certains États à l'UE comportent le principe du rapprochement pur et simple de la législation de l'État impétrant avec celle de l'UE en matière de protection des données<sup>2811</sup>. D'autre part, cette catégorie regroupe également des conventions d'assistance administrative pénale se caractérisant par la subordination de l'échange de données personnelles à deux séries de conditions. La première est le respect d'un ensemble de garanties précises de la protection des données manifestement inspirées des principes fondamentaux du droit communautaire en la matière. La seconde est l'énoncé et le respect des principes minimaux de protection des données qui, s'il constitue un socle minimal assez complet, ne dédouane pas pour autant les deux parties de leurs autres obligations en matière de droit interne ou de droit international. Cette seconde condition prend la forme d'une clause de « non incidence »<sup>2812</sup> ou, pour des dispositions de fond similaires, de

parties, entament des consultations. (...) 3. La communication de données à caractère personnel est soumise à l'article 10 de l'annexe du présent accord » ; article 10 : « 1. La communication de données à caractère personnel n'a lieu que pour autant qu'elle soit nécessaire à la mise en œuvre du présent accord par les autorités compétentes de l'Ukraine ou de l'UE, selon le cas. En ce qui concerne la communication et le traitement de données à caractère personnel dans un cas précis, conformément à l'article 15 de l'accord, les autorités compétentes de l'Ukraine se conforment à la législation ukrainienne pertinente et les autorités de l'UE se conforment aux dispositions du règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données.

2. En particulier, les règles de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), signée le 28 janvier 1981, et du protocole additionnel à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (STE n° 181), signé le 8 novembre 2001, s'appliquent à de telles communications.

3. En outre, les principes suivants s'appliquent:

a) tant l'autorité qui communique les données que celle qui les reçoit prennent toute mesure utile pour garantir, selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données à caractère personnel dont le traitement n'est pas conforme aux dispositions du présent article, notamment parce que les données ne sont pas adéquates, pertinentes et exactes ou qu'elles sont excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées. Cela inclut la notification à l'autre partie de toute rectification, tout effacement ou tout verrouillage; b) sur demande, l'autorité qui reçoit les données informe l'autorité qui les a communiquées de l'utilisation qui en a été faite et des résultats obtenus; c) les données à caractère personnel ne peuvent être communiquées qu'aux autorités compétentes. Leur transmission ultérieure à d'autres organismes nécessite le consentement préalable de l'autorité les ayant communiquées; d) l'autorité qui communique les données et celle qui les reçoit sont tenues de procéder à un enregistrement écrit de la communication et de la réception des données à caractère personnel ».

2810 *Ibid.*, Protocole II relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, article 10.

2811 Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, Journal officiel n° L 084 du 20/03/2004 p. 13 ; Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres d'une part, et la République du Monténégro, d'autre part, JO L 108 du 29.4.2010, p. 3.

2812 Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 017 du 24/01/2004 p. 25 ; Accord Entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la république populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 143 du 30/04/2004 p. 99; Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 124 du 17/05/2005 p. 22; Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 124 du 17/05/2005 p. 43 ; Accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, Journal officiel n° L 129 du 17/05/2007 p. 40. ; Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine sur la réadmission des personnes, Journal officiel n° L 332 du 18/12/2007 p. 48. Accord entre la Communauté européenne et la République du

« cohérence avec d'autres obligations juridiques »<sup>2813</sup>.

### *B/ Une protection fragile des données personnelles dans le cadre des conventions relatives à la sécurité*

Peu de temps après les attentats du 11 septembre 2001, dans son avis relatif à la lutte contre le terrorisme, le groupe de l'article 29 a rappelé l'« obligation de respecter le principe de proportionnalité concernant toute mesure restreignant le droit fondamental au respect de la vie privée selon l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence s'y rapportant. Cela implique, entre autres, l'obligation de démontrer que toute mesure prise correspond à un « besoin social impératif ». Les mesures qui sont simplement « utiles » ou « souhaitées » ne pourraient pas restreindre les libertés et droits fondamentaux »<sup>2814</sup>. Rétrospectivement, l'intérêt d'une telle mise en garde apparaît particulièrement évident au regard des libertés prises par les États-Unis à l'égard du droit international dans le cadre de leur lutte contre le terrorisme<sup>2815</sup>. Une telle attitude générale à l'égard du droit international et notamment du respect des droits fondamentaux tend à fragiliser d'autant plus la sécurité juridique des accords transatlantiques organisant des échanges de données personnelles, cette fois-ci non plus d'un point de vue formel comme dans l'affaire *PNR* évoquée *supra*, mais d'un point de vue substantiel, que ce soit dans le cadre de la coopération judiciaire et pénale (1) ou de la lutte contre le terrorisme (2).

#### **1) La protection des données personnelles menacée dans le cadre de la coopération transatlantique judiciaire et pénale**

Le domaine de la coopération judiciaire transatlantique offre un premier exemple d'insécurité juridique frappant des échanges de données personnelles en raison de la méconnaissance des

Monténégro concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 26 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 46 ; Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 66 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 149 ; Accord entre l'Union européenne et la Géorgie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 052 du 25/02/2011 p. 47.

2813 Accord entre la Communauté européenne et la République islamique du Pakistan concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 287 du 04/11/2010 p. 52.

2814 G29, avis n° 10/2001 du 14 décembre 2001, WP 53, p. 3, traduction de l'anglais: « The Working Party also underlines the obligation to respect the principle of proportionality in relation to any measure restricting the fundamental right to privacy as required by Art. 8 of the European Convention on Human Rights and the relevant case-law. This implies inter alia, the obligation to demonstrate that any measure taken corresponds to a « imperative social need ». Measures which are simply « useful » or « wished » may not restrict the fundamental rights and freedoms ».

2815 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme (Rapporteur: M. Tony Lloyd, Royaume-Uni, Groupe Socialiste), Les États-Unis et le droit international, Doc. 11181, 8 février 2007, premier paragraphe: « Même si les États-Unis d'Amérique, pays observateur auprès du Conseil de l'Europe, restent fortement attachés au droit international, l'Administration américaine, notamment depuis le 11 septembre 2001 et dans sa « guerre contre la terreur », a ignoré de façon inopportune et unilatérale les droits de l'homme et les normes juridiques humanitaires de portée essentielle, jugés par elle trop contraignants ou par ailleurs inappropriés eu égard à la perception qu'elle avait de la situation nouvelle. Ce faisant, elle a desservi la cause de la justice et de la primauté du droit, et elle a terni sa réputation de phare dans la défense des droits de l'homme et le maintien des règles du droit international ».

exigences spécifiques de ce droit dans l'ordre juridique communautaire interne. Ce domaine est constitué des accords conclus entre l'UE et les États-Unis en 2003 en matière d'extradition<sup>2816</sup>, et d'entraide judiciaire<sup>2817</sup>. Leur déséquilibre, qui s'explique manifestement par la proximité temporelle entre leur conclusion et la survenance des attentats du 11 septembre 2001, se manifeste par l'inapplicabilité pour l'essentiel du droit de la protection des données personnelles aux échanges de données, et ce bien au delà de ce que la poursuite d'un intérêt de sécurité publique permet habituellement, donc au risque d'une violation du principe de proportionnalité.

L'Accord en matière d'extradition constitue à cet égard un premier degré d'amointrissement de la protection des données personnelles. Cet amoindrissement est d'autant moins perceptible en apparence que le texte de l'accord s'accompagne dans le même temps d'un respect appuyé de la jurisprudence *Soering* de la Cour de Strasbourg<sup>2818</sup>. Il prend la forme de deux dispositions permettant *in fine* de se passer de toute obligation de respecter quelque garantie que ce soit de la protection des données personnelles.

La première de ces dispositions résulte de l'article 14 relatif à la présence d'informations sensibles dans une demande et ouvre la possibilité de passer outre à l'existence de garanties en matière de données sensibles pour en permettre la communication<sup>2819</sup>. A tout le moins laisse-t-elle encore l'opportunité à l'État requis de choisir de procéder à une telle communication ou pas. La seconde de ces dispositions laisse voir un déséquilibre beaucoup plus marqué dans la mesure où elle prévoit une exclusion partielle de motifs de non-dérogação pouvant concerner la protection des données personnelles ainsi que, de manière plus générale, la protection des droits fondamentaux. En effet, si l'article 17 relatif à la non-dérogação permet dans son premier alinéa aux parties contractantes « d'invoquer des motifs de refus se rapportant à une question non régie par le présent accord », son second alinéa circonscrit cette possibilité en considérant que: « Si les principes constitutionnels de l'État requis ou des décisions judiciaires définitives ayant un caractère contraignant sont de nature à faire obstacle à l'exécution de son obligation d'extradition et que ni le présent accord ni le traité bilatéral applicable ne permettent de résoudre la question, l'État requis et l'État requérant procèdent à des consultations ». Ainsi, l'éventuelle violation de droits fondamentaux de rang constitutionnel n'est tout simplement pas envisagée comme un motif de rupture de la relation transfrontière, qui semble demeurer possible pour autant que la diplomatie le permette. Ces deux dispositions amoindrissent la protection des données personnelles

2816 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 27.

2817 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 34.

2818 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 27, article 13 relatif à la peine de mort: « Lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est punissable de la peine de mort aux termes de la loi de l'État requérant et ne l'est pas aux termes de la loi de l'État requis, l'État requis peut accorder l'extradition à condition que la peine de mort ne soit pas prononcée à l'encontre de la personne recherchée ou, si, pour des raisons de procédure, cette condition ne peut être respectée par l'État requérant, à condition que la peine de mort, si elle est prononcée, ne soit pas exécutée. Si l'État requérant accepte l'extradition sous réserve des conditions énoncées dans le présent article, il respecte ces conditions. Si l'État requérant n'accepte pas les conditions, l'extradition peut être refusée ».

2819 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 27, article 14 relatif à la présence d'informations sensibles dans une demande: « Lorsque l'État requérant envisage de communiquer des informations particulièrement sensibles à l'appui de sa demande d'extradition, il peut consulter l'État requis afin de déterminer dans quelle mesure ces informations peuvent être protégées par ce dernier. Si l'État requis ne peut pas protéger les informations de la manière souhaitée par l'État requérant, celui-ci détermine si ces informations seront ou non néanmoins communiquées ».

échangées en matière d'extradition entre l'UE et les États-Unis<sup>2820</sup>, mais cet amoindrissement n'est que modéré et éventuel en matière de protection des données, au regard de celui réalisé dans le cadre de l'accord passé entre les mêmes parties en 2003 en matière d'entraide judiciaire.

En effet, ce dernier révèle une volonté systématique, explicitée par son titre « Limites à l'utilisation aux fins de la protection des données à caractère personnel et d'autres données », de juguler l'influence des dispositions communautaires concernant la protection des données personnelles sur cet Accord, et ce à deux égards. D'abord parce que son article 9, 1 consacre une conception tellement vaste du principe de finalité des traitements de données opérés dans le cadre de cette convention, ainsi que de leur réutilisation ultérieure, que sa mention relève plus du symbole que d'une volonté quelconque de protéger les données personnelles. En effet, outre la formulation de finalités particulièrement larges, la possibilité d'utiliser ces données pour « toute autre fin » par l'État requérant n'est subordonnée qu'à l'accord formel de l'État requis<sup>2821</sup>. Ensuite parce que l'article 9,2 de cet Accord restreint considérablement la légitimité de l'invocation de motifs de dérogation tirés de la protection des données personnelles. Son point a) ne restreint pas la possibilité générale d'imposer de nouvelles conditions à la communication d'informations<sup>2822</sup>, mais son point b) en revanche exclut explicitement et sans nuance du bénéfice de cette disposition toute nouvelle restriction aux échanges pour des motifs de protection des données personnelles<sup>2823</sup>. La note explicative annexée à la Convention précise cette exclusion par principe de toute considération relative à la protection des données personnelles en établissant implicitement une hiérarchie des intérêts entre l'intérêt général supérieur attaché à la pleine réalisation de l'accord et l'intérêt attaché à la protection effective des données personnelles. Au terme de cette note, cette disposition, dans ses grandes lignes, « vise à garantir que le refus d'entraide pour des motifs liés à la protection des données ne puisse être opposé que dans des cas exceptionnels ». La seule possibilité d'invoquer l'exception de protection des données personnelles serait que « la transmission des données demandées par l'État requérant soulève des difficultés fondamentales telles que l'État requis considérerait qu'elles touchent à des intérêts vitaux

2820 *Contra*: DE KERCHOVE Gilles, Respect des droits fondamentaux: contrainte ou condition de réalisation de l'espace pénal européen?, in CANDELA SORIANO Mercedes (dir), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006, pp. 275.

2821 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 34, article 9,1: « L'État requérant peut utiliser les preuves ou les informations reçues de l'État requis:

a) aux fins d'enquêtes et d'actions pénales;

b) pour prévenir une menace immédiate et sérieuse contre sa sécurité publique;

c) dans ses procédures judiciaires ou administratives non pénales directement liées à des enquêtes ou des actions: i) visées au point a), ou ii) à propos desquelles une entraide judiciaire a été octroyée au titre de l'article 8;

d) à toute autre fin, si ces informations ou preuves ont été rendues publiques dans le cadre de la procédure pour laquelle elles ont été transmises ou dans l'une des situations décrites aux points a), b) et c), et

e) à toute autre fin, uniquement avec l'accord préalable de l'État requis ».

2822 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 34, article 9,2, a): « Le présent article ne porte pas atteinte à la possibilité, pour l'État requis, d'imposer des conditions supplémentaires dans une affaire donnée lorsqu'il ne pourrait pas, en l'absence de ces conditions, donner suite à la demande d'entraide examinée. Lorsque des conditions supplémentaires ont été imposées conformément au présent point, l'État requis peut demander à l'État requérant de donner des informations sur l'utilisation des preuves et des informations ».

2823 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 34, article 9,2, a): « L'État requis ne peut imposer, en tant que condition visée au point a) pour fournir des preuves ou des informations, des restrictions générales ayant trait aux normes légales de l'État requérant en matière de traitement des données à caractère personnel » (nous soulignons).

justifiant un refus ». Il en résulte qu'« il est par conséquent exclu que l'État requis refuse de coopérer sur la base d'une application large, péremptoire ou systématique des principes de la protection des données »<sup>2824</sup>.

Le problème de cet accord ne vient pas tant du principe qu'il énonce que des modalités d'aménagement de la libre disponibilité des données. En effet, dans tous les instruments relatifs aux données personnelles, la liberté de traitement est le principe et sa restriction, l'exception. Mais tout instrument de police des données personnelles a pour but de régler préventivement les conflits de loi entre les intérêts de l'auteur du traitement et ceux de la personne fichée. Dans cette optique, une loi ou une convention de police efficace est celle qui permet d'instaurer un équilibre viable entre les intérêts antagonistes en présence. En l'espèce, la viabilité de l'équilibre atteint dans ces Accords paraît sujette à caution. La libre disponibilité imposée notamment par cette dernière convention apparaît comme ayant une sécurité juridique fragile. En effet, les limitations conventionnelles de l'invocation du motif de protection des données personnelles comme exception d'ordre public ne dédouanent pas les juridictions de l'UE de leur fonction de conciliation entre elles des différentes normes internationales.

Pour autant, malgré les incertitudes pesant sur la validité juridique de ces accords encadrant les flux transfrontières de données personnelles entre l'UE et les États-Unis aux fins de coopération judiciaire, leur sécurité juridique paraît moins compromise que celle des accords conclus entre les mêmes parties aux fins de lutte contre le terrorisme international.

## **2) La protection des données personnelles menacée dans le cadre de la coopération transatlantique en matière de lutte contre le terrorisme**

Les instruments de police des données personnelles qui réglementent les échanges de données dans le cadre de la lutte contre le terrorisme sont manifestement imparfaits. En effet, l'équilibre qu'ils fixent préventivement ne peut être considéré comme juridiquement viable. Une telle carence appelle alors l'intervention du juge, afin de compléter jurisprudentiellement ces régimes de police, comme l'illustrent à différents degrés les affaires relatives à l'échange de données concernant les passagers de transports aériens (a) ainsi qu'à la collecte par les autorités américaines des données du réseau interbancaire mondial SWIFT (b).

2824 Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 34, Note explicative relative à l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire: «L'article 9, paragraphe 2, point b), vise à garantir que le refus d'entraide pour des motifs liés à la protection des données ne puisse être opposé que dans des cas exceptionnels. Un tel cas pourrait se présenter si, en mettant en balance les intérêts importants en cause dans le cas d'espèce (d'une part, l'intérêt public, y compris la bonne administration de la justice, et, d'autre part, la protection des intérêts privés), il apparaissait que la transmission des données demandées par l'État requérant soulève des difficultés fondamentales telles que l'État requis considérerait qu'elles touchent à des intérêts vitaux justifiant un refus. Il est par conséquent exclu que l'État requis refuse de coopérer sur la base d'une application large, péremptoire ou systématique des principes de la protection des données. Dès lors, le fait que l'État requérant et l'État requis aient des systèmes différents de protection de la confidentialité des données (comme, par exemple, l'absence dans l'État requérant de l'équivalent d'une autorité de protection des données) ou le fait qu'ils disposent de moyens différents pour protéger les données à caractère personnel (l'État requérant utilisant, par exemple, des moyens autres que la suppression pour assurer la confidentialité ou l'exactitude des données à caractère personnel détenues par les autorités répressives) ne peuvent être imposés en tant que tels comme conditions supplémentaires dans le cadre de l'article 9, paragraphe 2, point a) ».

a) La protection des données personnelles particulièrement fragile dans le cadre des accords transatlantiques PNR

A la suite des attentats du 11 septembre 2001, les États-Unis ont adopté des dispositions habilitant l'administration américaine à exiger des compagnies aériennes exerçant sur le territoire des américains un certain nombre de données personnelles relatives aux passagers et fournies par ces derniers à l'occasion de leur achat du billet et de leur enregistrement<sup>2825</sup>.

La première des motivations liée à l'adoption d'un instrument international relatif à l'échange des données de passagers aériens entre les États Unis et l'UE s'explique par la recherche d'une certaine sécurité juridique pour les compagnies de transports aériennes d'origine européenne. En effet, la mise en œuvre unilatérale d'une telle collecte de données réalisée par les autorités américaines auprès de compagnies aériennes originaires d'Europe s'analysait purement et simplement en une violation de la souveraineté de l'UE et de ses États membres. Cette non conformité au droit international a été expressément soulignée par le Parlement européen dans son rapport du 7 avril 2004 relatif à l'éventuelle conclusion d'un accord entre l'UE et les États-Unis à propos des transferts de données PNR<sup>2826</sup>. En l'espèce, une telle violation de la souveraineté et de l'UE et des États membres découlait d'une modalité particulière de l'échange mise en œuvre par les États-Unis: le système « *pull* » en lieu et place du système « *push* ». Ces termes font référence à deux options de récupération par les autorités américaines des données passagers: elles peuvent leur être remises par les compagnies aériennes sur leur initiative (« *push* »), ou bien elle peuvent être extraites par principe par les autorités américaines des bases de données des compagnies aériennes sans aucune intervention de ces dernières (« *pull* »). Or, ainsi que le rappelle le Parlement européen dans son rapport précité, la mise en œuvre du mécanisme « *pull* » constitue un exercice de la souveraineté des États-Unis sur le territoire communautaire. Un tel exercice viole la souveraineté de l'UE s'il n'est pas consenti et, partant, se trouve en contrariété avec une des règles les plus élémentaires du droit international public<sup>2827</sup>.

Le refus des États-Unis de suspendre cette collecte de données personnelles de citoyens européens en l'attente d'un cadre juridique adéquat, comme l'avait demandé la Commission européenne, aurait pu alors conduire à une situation particulièrement préjudiciable pour les échanges transatlantiques. En effet, l'absence de cadre juridique extra américain conduisait à une situation d'insécurité juridique avérée pour les compagnies aériennes européennes. Elles se trouvaient alors soumises à deux exigences contradictoires: l'une découlant de la directive 95/46 leur interdisant d'exporter des données personnelles vers des États tiers ne disposant pas d'un niveau de protection adéquat des données, et l'autre au terme de la législation américaine, en vertu de laquelle l'absence de communication de ces données leur faisait encourir une amende de 6000 euros par passager ainsi qu'une suppression des droits d'atterrissage sur le sol américain.

2825 L' « Aviation and transportation security Act » sur 19 novembre 2001 et l' « Enhanced border security and visa entry reform Act » du 5 mai 2002.

2826 Rapport du Parlement Européen du 7 avril 2004 sur la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, A5-0271/2004, pp. 6-7.

2827 CPJI, « Lotus », arrêt du 7 septembre 1927, Série I, n°10: « le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages généralement acceptés comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitation de l'indépendance des États ne se présument donc pas ».

Cette considération a contraint, dans un contexte politique et diplomatique particulièrement sensible<sup>2828</sup>, à l'adoption rapide d'instruments juridiques formalisant de tels échanges de données<sup>2829</sup>. Mais la hâte déployée dans l'adoption de ces accords pour des motifs de sécurité juridique a précisément eu l'effet inverse, en conduisant à l'adoption en 2004 d'une convention de police aménageant la libre disponibilité des données et offrant une protection très fragile des données personnelles: l'accord dit « PNR 2004 »<sup>2830</sup>.

Une telle fragilité a d'abord été révélée sur le plan de la validité formelle d'un tel accord, conduisant à son annulation par la CJCE<sup>2831</sup>. Mais ainsi que l'a relevé la doctrine, l'annulation de ce premier instrument pour un motif de légalité externe, à savoir l'incompétence de l'auteur de l'acte, et non pour un motif de légalité interne, à savoir l'inexistence de garanties suffisantes de l'accord en termes de respect des droits fondamentaux, a conduit à la réécriture de « l'histoire de l'arroseur arrosé ». En effet, dans l'arrêt de 2006, le motif de la violation des droits fondamentaux avait été expressément soulevé par le Parlement européen, mais comme la CJCE n'a annulé que pour une simple question de base juridique et non pour une insuffisance de garanties des droits et libertés, « latitude a été laissée aux négociateurs de ne pas se sentir excessivement liés de ce point de vue »<sup>2832</sup>.

2828 Et ce tout spécialement dans le contexte des transferts internationaux de données personnelles des passagers aériens, dans le cadre des accords dits PNR. Voir à cet égard MICHEL Valérie, La dimension externe de la protection des données à caractère personnel: acquiescement, perplexité et frustration, note sous CJCE, grande chambre, 30 mai 2006, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-317/04 et C-318/04, *RTDE*, n°42(3), juillet-septembre 2006, p.549: « L'affaire est délicate tant elle mêle les considérations juridiques et politiques ».

2829 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement du 16 décembre 2003, Transfert des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR): Une démarche globale de l'Union européenne, COM(2003) 826 final, p. 6: « La Commission avait demandé aux autorités américaines concernées de suspendre la mise en œuvre de leurs exigences tant qu'un cadre juridique sûr n'a pas été établi pour ces transferts. Devant le refus des États-Unis, elle pense que l'option qui aurait consisté, du côté de l'UE, à insister sur le respect du droit communautaire aurait été politiquement justifiée, mais n'aurait pas servi les objectifs susmentionnés. Elle aurait ébranlé l'influence de conseils plus modérés et coopératifs à Washington et remplacé par un rapport de force la coopération constructive que nous menons avec notre partenaire. Cette approche a porté ses fruits. Depuis le début de la phase de coopération ».

2830 Décision du Conseil du 17 mai 2004 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure (2004/496/CE), Journal officiel n° L 183 du 20/05/2004 p. 83 ; Accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, Journal officiel n° L 183 du 20/05/2004 p. 84.

2831 Voir *supra*, CJCE, grande chambre, 30 mai 2006, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-317/04 et C-318/04, CJCE, 30 mai 2006, Parlement/Conseil et Commission, C-317/04 et C-318/04, Rec. p. I-4721.

2832 GRARD Loïc, Transfert de données personnelles des passagers, commentaire sous Cons. UE, déc. n° 2007/551/PESC/JAI, 23 juillet 2007, relative à la signature au nom de l'Union européenne d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert des données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la Sécurité intérieure (DHS) (accord PNR 2007), *Revue de droit des transports*, n° 9, octobre 2007, p. 34. Voir également MICHEL Valérie, La dimension externe de la protection des données à caractère personnel: acquiescement, perplexité et frustration, note sous CJCE, grande chambre, 30 mai 2006, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-317/04 et C-318/04, *RTDE*, n°42(3), juillet-septembre 2006, pp.558-559, dans lequel l'auteur exprime d'une part des doutes très nets sur la compatibilité de l'accord PNR initial avec le principe de proportionnalité et, d'autre part, affiche un scepticisme particulièrement critique à l'égard de la portée de la déclaration d'engagement des autorités américaines en

Il en est résulté que les négociations subséquentes à la dénonciation par l'UE de cet accord ont abouti en 2007 à la conclusion d'un nouvel accord, dit « PNR 2007 » qui, en termes de garanties apportés aux droits fondamentaux des citoyens européens, paraît « régressif »<sup>2833</sup> pour deux motifs généraux, d'une part le non respect du principe de proportionnalité concernant tant l'ampleur et la nature des données personnelles transmises au regard tant du délai anormalement long de leur conservation que de leur communicabilité de principe à un nombre étendu d'autorités américaines ou d'États tiers ; d'autre part, l'absence de possibilité de contrôle du juge comme du Parlement européen de l'effectivité des garanties apportées aux citoyens européens dans le cadre de cet accord. Au surplus, les garanties apportées par les autorités américaines, en l'espèce, le ministère américain de l'intérieur, en matière de protection des données personnelles se trouvent intégralement contenues dans un échange de lettres annexées à cette convention. Or, la valeur contraignante de cette déclaration unilatérale d'intention non formellement approuvée par l'UE paraît sujette à caution, au regard des critères du droit international public.

En comparaison, les autres accords PNR signés par l'UE avec le Canada en 2006<sup>2834</sup> et avec l'Australie en 2008<sup>2835</sup> apparaissent nettement plus conformes à l'état de la pratique habituelle et admissible en terme de protection minimale des droits fondamentaux. En effet, le Canada avait été considéré bien antérieurement comme présentant un niveau de protection adéquat au regard des exigences de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 tandis que l'absence en Australie d'un niveau de protection adéquat pouvait être compensée par l'insertion dans le texte même de l'accord de garanties explicites relatives à la protection des données traitées, à l'instar de tout autre convention classique sur l'assistance administrative internationale en matière pénale.

Les défauts de cet accord conclu en 2007 n'ont fait l'objet que de prudentes retouches dans leur dernière version en vigueur, dans l'accord conclu en 2012 entre les mêmes parties<sup>2836</sup>, appelant ainsi une critique ferme de la part de certains auteurs. Ainsi, pour certains, « l'approbation donnée *in extremis* par le Parlement européen [pour la conclusion de cet accord] paraît au fond comme le signe d'une catastrophe annoncée, celle du naufrage des droits fondamentaux face aux impératifs diplomatiques de la relation existant entre les deux rives de l'Atlantique »<sup>2837</sup> ; d'autres considèrent à propos de ces accords PNR que « C'est assez dire, sans aller jusqu'au schisme des relations euro-américaines (...) que les cultures juridiques différentes des deux partenaires s'agissant des droits fondamentaux sont *prima facie* un obstacle à leur pleine coopération antiterroriste, sauf bien sûr

matière de garanties apportées aux traitements de données.

2833 GRARD Loïc, Transfert de données personnelles des passagers, commentaire sous Cons. UE, déc. n° 2007/551/PESC/JAI, 23 juillet 2007, relative à la signature au nom de l'Union européenne d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert des données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la Sécurité intérieure (DHS) (accord PNR 2007), *Revue de droit des transports*, n° 9, octobre 2007, p. 33.

2834 Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données relatives aux informations préalables sur les voyageurs et aux dossiers passagers, Journal officiel n° L 082 du 21/03/2006 p. 0015 et Journal officiel n° L 270 du 29/09/2006 p. 345.

2835 Accord entre l'Union européenne et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) provenant de l'Union européenne par les transporteurs aériens au service des douanes australien, Journal officiel n° L 213 du 08/08/2008 p. 49.

2836 Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers (données PNR) et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure, Journal officiel n° L 0215 du 11/08/2012 p. 5.

2837 PEYROU Sylvie, « Droits fondamentaux *versus* diplomatie, ou le pot de terre contre le pot de fer : réflexions sur la conclusion de l'accord PNR entre les États-Unis et l'Union européenne », *Europe*, juillet 2012, p. 6. Pour le détail des violations par les dispositions de cet accord du droit à la protection des données personnelles, voir ce même article, pp. 6-7.

aux institutions de l'Union européenne à partager désormais l'impératif sécuritaire au prix de quelques accommodements en matière de droits fondamentaux »<sup>2838</sup>.

En l'état des accords PNR-USA, le caractère unilatéral de cette « coopération » induit un double risque juridique dans la mesure où, d'une part, le respect des droits fondamentaux conditionne directement la légalité des instruments communautaires, y compris ceux adoptés en application d'obligations nées d'accords internationaux<sup>2839</sup> et où, d'autre part, la responsabilité internationale de l'UE ou de ses États membres est susceptible d'être engagée devant la CEDH pour violation des dispositions de l'article 8 de la CESDH. En effet, ces accords s'analysent matériellement comme un transfert de compétence de l'UE vers les États Unis, en l'absence de réciprocité de l'accord et en l'absence provisoire d'un tel dispositif en droit européen<sup>2840</sup>. Une telle interprétation est fondée sur le constat que « le transfert de données personnelles est exigé par un État tiers »<sup>2841</sup> et n'inclut pas de contreparties ou d'obligations réciproques au bénéfice de l'UE et de ses États membres, qui n'ont pas ainsi accès directement aux données personnelles relatives aux citoyens américains<sup>2842</sup>. Elle l'est ensuite en ce que la prestation organisée par l'accord est effectuée par l'une des deux parties uniquement, avec le concours forcé de l'autre<sup>2843</sup>, s'apparentant en fait à l'externalisation d'une fonction de renseignements<sup>2844</sup>. Enfin, ce caractère unilatéral est d'autant plus accusé que de

2838 LABOUZ Marie-Françoise, « Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les États-Unis, in SAULNIER-CASSIA Emmanuelle (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, LGDJ-Lextenso Editions, 2014, p. 272.

2839 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, précit..

2840 La commission des libertés civiles du Parlement européen a rejeté le 24 avril 2013 une proposition de directive européenne concernant l'utilisation des données des passagers aériens pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière". Cet instrument aurait eu pour effet d'introduire l'obligation pour les États membres de collecter et d'utiliser de manière systématique les données de passagers entrant dans l'UE ou sortant de son territoire.

2841 COUDRAY Ludovic, *op. cit.*, p. 502.

2842 A propos des accords relatifs à la surveillance des messageries financières (SWIFT), Parlement européen, commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteuse: Jeanine Hennis-Plasschaert (A7-0013/2010), Recommandation sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (05305/1/2010REV – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE)), pp. 9-10: "Même si le Conseil insiste pour dire qu'il est dans l'intérêt de l'UE d'assurer la durabilité du programme de surveillance du financement du terrorisme, nonobstant la nouvelle architecture de SWIFT, et de garantir ainsi la sécurité juridique pour le transfert des données pertinentes au ministère du Trésor des États-Unis, étant donné que les services des États membres ont été les principaux bénéficiaires des indices tirés du TFTP, il est impossible de revendiquer une réelle réciprocité. Une réelle réciprocité impliquerait que les autorités américaines permettent aux autorités européennes d'obtenir et d'utiliser des données de messagerie financière et des données apparentées sauvegardées sur des serveurs aux États-Unis" (nous soulignons). Voir également Parlement européen, résolution législative du 5 mai 2010 sur la recommandation de la Commission au Conseil relative à l'ouverture de négociations en vue d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur la mise à la disposition du département du Trésor des États-Unis de données de messagerie financière afin de prévenir et de combattre le terrorisme et le financement du terrorisme, Journal officiel n° C 081 E du 15/03/2011 p. 66, point n° 16 par lequel le Parlement « fait observer que la réciprocité voudrait que les autorités américaines autorisent les autorités de l'UE ainsi que les autorités compétentes des États membres à obtenir et à utiliser des données de messagerie financière et des données connexes stockées sur les serveurs des États-Unis, et ce aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux autorités américaines ».

2843 PEYROU Sylvie, *op. cit.*, p. 8, où l'auteur évoque les « menaces à peine voilées de la part des États-Unis, prêts à revenir sur leur décision de dispense de visas octroyées aux citoyens de la plupart des pays de l'UE pour voyager sur leur territoire ».

2844 Voir également Parlement européen, commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteuse: Jeanine Hennis-Plasschaert (A7-0013/2010), Recommandation sur la proposition de décision du

tels transferts de données ont effectivement eu lieu bien avant qu'existe le moindre cadre juridique en la matière<sup>2845</sup>. Or, l'UE comme ses États membres courent ce faisant le risque de voir leur responsabilité internationale engagée en raison de ce transfert de compétence, dans le cadre de la jurisprudence *Matthews* de la Cour de Strasbourg, pour avoir permis une telle délégation de compétence qui porte une atteinte aussi disproportionnée aux droits fondamentaux des citoyens européens<sup>2846</sup>.

b) La protection particulièrement fragile des données personnelles dans le cadre des accords transatlantiques SWIFT

À la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001, le département du Trésor américain a développé le programme de surveillance du financement du terrorisme (TFTP). Ce programme a conduit au prononcé à l'égard de SWIFT<sup>2847</sup> d'injonctions administratives de transférer certaines données de messagerie financière. De tels transferts ont eu d'autant plus facilement lieu qu'avant le 1<sup>er</sup> janvier 2010, cette société sauvegardait pour des raisons de sécurité les messages sur deux serveurs identiques situés respectivement en Europe et aux États-Unis<sup>2848</sup>. Or, un grand nombre de ces données proviennent des États membres de l'Union européenne et s'analysent comme des données personnelles. Dans le courant des mois de juin et de juillet 2006, les médias américains ont révélé l'existence du TFTP, déclenchant une controverse importante au sein de l'UE. Le Parlement européen a ainsi demandé dans sa Résolution du 6 juillet 2006 aux États membres de s'assurer que cette situation n'intervenait pas dans un contexte de total vide juridique et se trouvait conforme aux dispositions idoines du droit communautaire<sup>2849</sup>. Faisant écho à cette inquiétude, le groupe de l'article 29 a adopté le 22 novembre 2006 un avis portant diagnostic de la compatibilité de tels traitements au regard du droit communautaire. SWIFT ayant son siège en Belgique, cette société se trouvait soumise à la législation belge de protection des données, telles que transposant notamment la directive 95/46 du 24 octobre 1995. L'avis conclut sans ambiguïtés

Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (05305/1/2010REV – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE)), p. 8: "On ne peut pas nier qu'avec l'accord intérimaire sur le traitement et le transfert des données de messagerie financière (FMDA), l'UE continue à externaliser ses services de renseignements financiers aux États-Unis ».

2845 A propos des accords relatifs à la surveillance des messageries financières (SWIFT), voir Parlement européen, commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteuse: Jeanine Hennis-Plasschaert (A7-0013/2010), Recommandation sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (05305/1/2010REV – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE)), p. 8: "De plus, ce qui avait été lancé comme une mesure temporaire urgente (après le 11 septembre 2001) est devenu *de facto* une mesure permanente, sans autorisation spécifique des autorités de l'UE, ni véritable évaluation transatlantique de ses incidences, ni négociations transatlantiques couvrant en même temps les questions de sécurité, de coopération judiciaire et de protection des données. Cette façon de procéder n'a pas franchement contribué à instaurer une confiance mutuelle dans la coopération transatlantique pour la lutte contre le terrorisme ».

2846 CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume Uni*, req. n° 24833/94.

2847 La société "Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication" (SWIFT), de droit belge, est un fournisseur de messages sécurisés pour les transactions financières, avec environ 8500 clients, dont environ 7800 sont des institutions financières.

2848 Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, cette société a réorganisé son architecture interne de telle sorte que les données de ses clients européens soient exclusivement sauvegardées et traitées en Europe.

2849 Parlement européen, Résolution du 6 juillet 2006 sur l'interception des données des virements bancaires du système SWIFT par les services secrets américains, P6\_TA-PROV(2006)0317).

à de multiples et graves manquements de cette société à ces dispositions<sup>2850</sup>. Ce constat public a entraîné, au début de l'année 2007, l'engagement par le Conseil et la Commission de discussions avec le département du Trésor américain, qui ont abouti en juin 2007 à une série d'engagements unilatéraux de la part de ce dernier à l'égard de l'UE, rendant compte de sa volonté de pérenniser cette libre disponibilité, auparavant de fait, des données de messagerie financière sauvegardées par SWIFT. Une telle volonté a été précisée par la négociation, à la demande des États-Unis, d'un accord international intérimaire. Malgré les réserves exprimées par un Parlement européen, globalement tenu à l'écart de ces négociations<sup>2851</sup>, cet accord a été signé par le Conseil de l'Europe le 30 novembre 2009 et devait être appliqué provisoirement à compter du 1<sup>er</sup> février 2010 jusqu'au 31 octobre 2010 au plus tard<sup>2852</sup>.

L'objectif d'un tel accord n'était pas de protéger *per se* les droits fondamentaux au travers de dispositions relatives à la protection des données personnelles mais, clairement, d'organiser la sécurité juridique d'un flux de données personnelles du territoire européen à destination du territoire des États-Unis<sup>2853</sup>. Or, le degré de sécurité juridique apporté par ce premier accord international était tellement formel<sup>2854</sup> que le Parlement européen a purement et simplement

2850 Avis 10/2006 adopté le 22 novembre 2006 sur le traitement des données à caractère personnel par la Société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT), WP 128. Pour un commentaire de cet avis, voir CAPRIOLI Éric, « Violation des règles propres aux données à caractère personnel et réseau SWIFT », *RDBF*, janvier-février 2007, pp. 32-33.

2851 Parlement européen, résolution du 17 septembre 2009 sur l'accord international envisagé pour mettre à la disposition du ministère du Trésor des États-Unis des données de messagerie financière afin de prévenir et de combattre le terrorisme et le financement du terrorisme, Textes adoptés de cette date, P7\_TA(2009)0016. Le parlement rappelle dans le point n° 1 de sa résolution la légitimité de la lutte contre le terrorisme mais également la nécessité que cette lutte s'opère dans le respect des droits fondamentaux. Il souligne ainsi dans son deuxième point que « l'Union se fonde sur l'état de droit et que tout transfert de données européennes à caractère personnel à un pays tiers à des fins de sécurité doit aussi bien respecter les garanties procédurales et les droits de la défense que se conformer aux législations nationales et européennes applicables en matière de protection des données », avant d'énoncer dans son septième point de manière détaillée les principes minimaux de protection des données personnelles qu'un tel accord devrait respecter pour opérer un juste équilibre avec la protection des droits fondamentaux.

2852 Accord du 30 novembre 2009 entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis d'Amérique aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, Journal officiel n° L 008 du 13/01/2010 p. 11.

2853 Parlement européen, résolution du 17 septembre 2009 sur l'accord international envisagé pour mettre à la disposition du ministère du Trésor des États-Unis des données de messagerie financière afin de prévenir et de combattre le terrorisme et le financement du terrorisme, Textes adoptés de cette date, P7\_TA(2009)0016. Dans cette résolution, le Parlement souligne ainsi dans son point n° 11 « l'importance de la sécurité juridique et de l'immunité pour les citoyens et les organismes privés faisant l'objet de ces transferts de données en vertu de dispositifs tels que le projet d'accord entre l'Union et les États-Unis ».

2854 Et ce en dépit des références appuyées au respect des droits fondamentaux dans le texte de cet accord. Ainsi, l'article 1,1 de ce texte relatif à son objet énonçait que: « Le présent accord a pour objet, dans le respect intégral de la vie privée, de la protection des données à caractère personnel, et d'autres conditions énoncées dans le présent accord, de garantir que:

a) les données de messagerie financière et les données connexes qui sont stockées sur le territoire de l'Union européenne par les fournisseurs de services de messagerie financière internationale, qui sont désignés conjointement en vertu du présent accord, sont mises à disposition, à la demande du département du Trésor des États-Unis, aux fins de la prévention et de la détection du terrorisme ou de son financement, ainsi que des enquêtes ou des poursuites en la matière; et

b) les informations pertinentes obtenues grâce au TFTP sont mises à la disposition des services répressifs, des organismes chargés de la sécurité publique ou des autorités chargées de la lutte contre le terrorisme des États membres, ou d'Europol ou Eurojust, aux fins de la prévention et de la détection du terrorisme ou de son financement, ainsi que des enquêtes ou des poursuites en la matière ».

refusé de donner son approbation à sa conclusion<sup>2855</sup>. Il a ainsi rappelé à la Commission européenne dans le point n°2 de sa Résolution « que tout nouvel accord dans ce domaine devra respecter le nouveau cadre juridique établi par le traité de Lisbonne et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, désormais contraignante », ainsi que de la nécessité de prendre en compte les principes élémentaires de protection des données personnelles détaillés dans sa Résolution du 17 septembre 2009 précitée. En effet, en dépit du constat formel d'adéquation du niveau de protection des données personnelles par les services américains destinataires des transferts de données<sup>2856</sup>, l'accord en cause comportait un nombre important de carences substantielles, que la doctrine a ainsi pertinemment résumé: « Se contentant d'inscrire le transfert des données dans un contexte plus que d'en fixer le cadre, l'accord pêche enfin de ne pas prévoir les garanties indispensables pour prémunir et réparer d'éventuels abus »<sup>2857</sup>. L'absence de telles garanties était à cet égard pointée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, dont le rapport sur cette question proposait expressément au Parlement de refuser de donner son accord à sa conclusion<sup>2858</sup>.

La nouvelle version de cet accord a finalement fait l'objet de l'approbation du Parlement européen dans sa Résolution législative du 8 juillet 2010 sans qu'aucune réserve n'y soit exprimée<sup>2859</sup>. La deuxième version de l'accord entre l'UE et les États-Unis sur le traitement et le transfert de données de messageries financières a donc été signée sans encombre par le Conseil le 13 juillet 2010<sup>2860</sup>. Cela a été rendu possible par une meilleure prise en compte des obligations

2855 Parlement européen, résolution législative du 11 février 2010 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (05305/1/2010 REV 1 – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE)), Textes adoptés de cette date, P7\_TA(2010)0029, point n°1.

2856 Accord du 30 novembre 2009 entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis d'Amérique aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, Journal officiel n° L 008 du 13/01/2010 p. 11, article 6: « Sous réserve du respect permanent des engagements pris dans le présent accord en matière de respect de la vie privée et de protection des données à caractère personnel, le département du Trésor des États-Unis est réputé assurer un niveau adéquat de protection des données lors du traitement des données de messagerie financière et des données connexes, transférées de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du présent accord ».

2857 PRÛM André, « Bataille politique autour de SWIFT: la lutte contre le terrorisme doit compter avec le respect de la vie privée », *RDBF*, mai-juin 2010, p. 3.

2858 Parlement européen, commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteuse: Jeanine Hennis-Plasschaert (A7-0013/2010), Recommandation sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (05305/1/2010REV – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE)).

2859 Résolution législative du Parlement européen du 8 juillet 2010 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (11222/1/2010/REV 1 et COR 1 – C7-0158/2010 – 2010/0178(NLE)), Journal officiel n° C 351 E du 02/12/2011 p. 453.

2860 Décision 2010/412 du Conseil du 13 juillet 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme - Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, Journal officiel n° L 195 du 27/07/2010 p. 3.

afférentes au respect du droit de la protection des données personnelles<sup>2861</sup>. Une telle amélioration a d'ailleurs été clairement mise en évidence par le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) dans son avis du 22 juin 2010 sur ce nouveau texte<sup>2862</sup>. Pour autant, la sécurité juridique de ce nouvel accord établissant ainsi un principe de libre disponibilité des données personnelles paraît fragile au regard des carences persistantes pointées par ce même avis. Ainsi, le CEPD a relevé une violation du principe de proportionnalité dans la mesure où les données extraites par les autorités américaines le sont en masse, sans possibilité d'effectuer une demande ciblée, et sont toutes astreintes au même régime (§§ n° 18 et 19). Dans le même ordre d'idée, la durée de conservation des données égale ou supérieure à cinq ans paraît contrevenir tant aux principes de nécessité que de proportionnalité des traitements (§ n° 22). En outre, l'amélioration des garanties apportées par ce nouvel accord semble totalement illusoire au regard de son article 20,§1, énonçant qu'il « ne crée ni ne confère aucun droit ou avantage pour toute personne ou entité, privée ou publique ». Enfin, cet accord ne prévoit pas la mise en place d'une autorité indépendante de contrôle des traitements de données personnelles (§ n° 36). De telles carences tendent à sérieusement remettre en cause la sécurité juridique de la libre disponibilité des données personnelles. Le CEPD souligne ainsi lui-même le caractère objectif et réaliste de tels risques juridiques et rappelle que la question de la durée excessive de conservation des données personnelles, fût-ce à des fins de sûreté publique, a déjà fait l'objet d'une retentissante décision de la Cour constitutionnelle allemande à propos de la conservation de données de télécommunications, celle-ci ayant jugé qu'une période de conservation de 6 mois était déjà très longue et qu'elle devait être justifiée de manière appropriée<sup>2863</sup>. Dans le même ordre d'idée, le CEPD rappelle que la jurisprudence récente de la CJUE insiste spécialement sur la nécessité de disposer d'une autorité indépendante de contrôle des traitements de données au titre des garanties des droits fondamentaux de la personne<sup>2864</sup>.

C'est assez dire que la multiplication des instruments internationaux qui, dans le cadre général de la coopération administrative internationale, protègent les données personnelles, ne doit rien au souci de la personne fichée mais à celui d'assurer la sécurité juridique de l'échange international d'informations. La protection de la personne fichée n'est consacrée qu'afin de désamorcer

2861 Outre des références appuyées voire surabondantes dans son préambule, des dispositions de fond sont introduites afin dans cet accord dont l'objet, au titre de l'article 1,1 de cette convention, est « dans le respect intégral de la vie privée, de la protection des données à caractère personnel, et d'autres conditions énoncées dans le présent accord, de garantir que:

a) les données de messagerie financière faisant référence à des transferts financiers et les données connexes qui sont stockées sur le territoire de l'Union européenne par les fournisseurs de services de messagerie financière internationale, désignés conjointement en vertu du présent accord, sont fournies au département du Trésor des États-Unis, exclusivement aux fins de la prévention et de la détection du terrorisme ou de son financement, ainsi que des enquêtes ou des poursuites en la matière; et

b) les informations pertinentes obtenues grâce au TFTP sont mises à la disposition des services répressifs, des organismes chargés de la sécurité publique ou des autorités chargées de la lutte contre le terrorisme des États membres, ou d'Europol ou Eurojust, aux fins de la prévention et de la détection du terrorisme ou de son financement, ainsi que des enquêtes ou des poursuites en la matière ».

2862 Avis du Contrôleur européen de la protection des données du 22 juin 2010 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (TFTP II), Journal officiel n° C 355 du 29/12/2010 p. 10, point II,1.

2863 Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 2 mars 2010 et le commentaire qui en est réalisé par FROMONT Michel, « Le contrôle du respect du secret de la correspondance par une loi transposant une directive européenne », *RTDH*, 2010, n° 84, pp. 937-957.

2864 CJUE, gr. ch., 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, précit..

préventivement le jeu de l'exception d'ordre public, en vue d'assurer la sécurité juridique de la libre disponibilité des données personnelles. L'objectif est alors celui de rendre effective la liberté d'administration, en tant qu'elle se prolonge actuellement dans cette modalité, nouvelle par son ampleur du droit administratif international qu'est l'échange par principe d'informations, y compris personnelles, entre une pluralité d'administrations.

## Conclusion du Chapitre 2 :

L'intérêt du recours à la notion d'ordre public pour désigner les dispositions du droit des données personnelles protégeant la personne fichée est qu'elle permet d'intégrer l'idée d'œuvre des instruments adoptés en la matière : garantir l'effectivité de la liberté de traitement des données personnelles.

Cette dernière se décline, dans les instruments contemporains, en une liberté de circulation des données personnelles entre personnes privées et en une libre disponibilité des données entre personnes publiques. La première a pour but d'aménager et, par là même, de rendre effective la libre circulation des informations mise en évidence *supra*, dans l'objectif économique d'une libéralisation approfondie du secteur des services dans le cadre de l'OMC et de l'UE. La seconde a pour but d'aménager et, par là même, de rendre effective la libre disponibilité des données personnelles. L'objectif est alors d'assurer la sécurité juridique d'un nombre croissant d'échange de données entre États, c'est à dire, *in fine*, des moyens nécessaires à la mise en œuvre d'un modèle d'administration indirecte européen et international.

## Conclusion du titre 2 :

Dans une conception objectiviste, la protection des données personnelles constitue une exception au principe de la liberté de traitement de ces mêmes données. Dans une conception subjectiviste, ces mêmes dispositions sont considérées comme un droit à la protection des données personnelles, c'est à dire un droit-créance particulièrement relatif. Ces deux points de vue ne peuvent se valoir quant à la description d'un même ensemble de règles de droit positif car la conception subjectiviste du droit des données personnelles implique d'en avoir une vision tronquée.

En effet, d'un point de vue théorique, au sein des instruments relatifs à ces données, les dispositions relatives à leur protection sont indissociables de celles assurant la liberté de leur traitement. D'un point de vue pratique, confirmation en est donnée dans l'internationalisation récente et foisonnante du droit des données personnelles, pour l'essentiel en droit de l'UE. En effet, l'objectif qui préside à l'adoption de ces instruments n'est jamais la protection *per se* des données personnelles, mais toujours une protection instrumentalisée, afin de garantir la sécurité juridique de la liberté de traitement.



### Conclusion de la deuxième partie :

Ce qui fonde l'aménagement de la liberté de traitement, c'est à dire l'utilité même de l'existence des instruments relatifs aux données personnelles, c'est l'existence d'intérêts attachés à la protection de la personne fichée qui sont nécessaires au maintien d'un régime démocratique. Ces intérêts sont énoncés et protégés dans et par les dispositions qui, au sein du droit des données personnelles, sont relatives à leur protection. La protection de ces intérêts ne peut être que relative car elle opère dans un contexte d'affirmation du principe contraire de liberté de traitement des données personnelles.

Ainsi, ce que l'on entend usuellement par l'expression « protection des données personnelles » ne peut se concevoir comme un ensemble de dispositions spécialement dédiées à garantir un intérêt, celui de la personne fichée, mais bien plutôt comme un équilibre entre cet intérêt et celui des auteurs de traitement de données. Ce qui fonde donc l'existence même du droit des données personnelles, c'est la nécessité d'assurer un équilibre entre l'exercice le plus étendu de la liberté de traitement des données personnelles et la protection de la Liberté des personnes fichées. Cet équilibre constitue l'ordre public spécial de la police administrative spéciale qu'est le droit des données personnelles.



## Conclusion générale

Le premier résultat du présent travail de recherche est que le droit des données personnelles acquiert une intelligibilité d'ensemble par le recours au concept de police administrative spéciale. Le deuxième résultat concerne le concept même employé : par l'exemple du droit des données personnelles, la notion de police administrative spéciale révèle l'unité de ses manifestations, non réduites à ses seules occurrences en droit administratif interne, au regard de son domaine d'activité réglementée, et non à partir des catégories usuelles droit public/droit privé, droit interne/droit international. La notion de police administrative spéciale est donc un concept transversal en droit, supérieur à celui de régulation par la précision qu'il apporte pour décrire le droit positif qu'il régit.

En premier lieu le droit des données personnelles est ordinairement présenté comme un droit scindé entre des dispositions relatives à la protection des droits et libertés fondamentales de la personne fichée et des dispositions non qualifiées ni même commentées. Cette scission, encouragée par le peu d'intérêt de la doctrine pour l'étude de ce domaine, a abouti à deux conséquences. La première est la conceptualisation partielle de ce droit, réduit à un droit à la protection des données personnelles. La seconde est l'échec manifeste de cette conceptualisation à justifier la structuration d'ensemble de la matière aussi bien que ses développements récents. Cette scission aboutit ainsi à un échec relatif de la conceptualisation de ce droit et explique le cantonnement des analyses conduites sur le sujet à des pures considérations de droit matériel ou de prospective dépassant le cadre du droit.

L'objet premier de cette thèse a été de redonner à ce droit scindé son unité en mettant d'abord à jour la fonction des dispositions qui, au sein du droit des données personnelles, n'ont pas pour but la protection de la personne fichée, à savoir la consécration et l'aménagement de la liberté de traiter des données personnelles. Il a ensuite nécessité d'établir les relations entre les deux finalités poursuivies au sein du droit des données personnelles. Cette relation est dynamique est non statique. Elle ne consiste pas en la synthèse de deux finalités d'intérêt et d'intensité égale mais en une articulation et une hiérarchisation entre un but et sa limite.

Au terme de cette analyse, il est ainsi possible de conclure que le droit des données personnelles a pour objet la consécration et l'aménagement de la liberté de traitement des données et pour effet la protection de la personne fichée. La focalisation sur la protection des droits et libertés de cette dernière ne trouve d'explication que dans un phénomène de « marketing législatif ». En l'espèce, il s'explique par la volonté des auteurs des instruments relatifs aux données personnelles d'emporter l'adhésion des destinataires de ces normes. Cet objectif est atteint en les présentant comme une politique publique de protection de la personne humaine, celle de protection de la personne fichée, alors que ces instruments ne font qu'entériner un choix de société qui leur est largement défavorable. En effet, l'effet juridique le plus clair de ces instruments est d'assurer la sécurité juridique de ces traitements de données personnelles toujours plus nombreux enserrant la personne fichée.

Un tel procédé n'est pas spécifique au droit des données personnelles. Il se retrouve dans d'autres domaines, comme en matière de droit de la consommation, « généralement présenté comme un droit permettant de rééquilibrer les rapports entre professionnels et consommateurs, de concilier la liberté du professionnel et la faiblesse du consommateur » mais dont l'objectif réel est de « protéger le consommateur afin qu'il consomme plus et non parce qu'il est plus faible »<sup>2865</sup>.

2865 RÉMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse,

Ici comme là, il s'agit de protéger l'intérêt de la société dans son ensemble par une politique législative spécifique qui a seulement pour effet la protection de l'individu, laquelle n'est alors qu'instrumentalisée et parfois sacrifiée au bénéfice d'un but d'intérêt général supérieur. Dans les deux cas, l'existence d'un régime de loi de police conduit à mettre en lumière cette nuance, entre la protection délibérée de la personne humaine et sa protection purement incidente ou instrumentalisée.

Cette articulation entre la liberté de traitement des données personnelles et la protection de la personne fichée est réalisée par un régime de police administrative spéciale. L'ordre public spécial qu'il protège est une pondération d'intérêts effectuée en amont de tout conflit de droit par le législateur entre d'une part, l'intérêt d'une liberté de l'activité de traitement des données personnelles, donc de l'activité informatique et, d'autre part, l'intérêt de la protection des droits et libertés de la personne fichée. Cette pondération traduit le choix d'une démocratie libérale, faisant le pari de promouvoir au maximum la liberté, avec comme limite la protection de ses conditions même d'existence. La hiérarchisation politique opérée entre ces deux intérêts se traduit par une différence de qualification juridique : la liberté de traitement des données personnelles, liberté publique, est le principe, et sa restriction pour motif de protection de la personne fichée, l'exception.

L'ensemble de la matière ne constitue donc pas un droit autonome mais un domaine du droit administratif laissé en déshérence par ses spécialistes. Pour donner une idée de la situation dans laquelle se trouve actuellement le droit des données personnelles, il faut imaginer le droit de l'environnement, des étrangers ou de la concurrence qui se trouveraient uniquement et depuis leur origine considérés dans une approche subjectiviste. Ces matières ne seraient alors considérées et étudiées que dans celles de leurs dispositions organisant au bénéfice de leur « partie faible » respective une garantie de leurs intérêts. Le droit de l'environnement serait alors réduit au droit de la protection de l'environnement, le droit des étrangers à celui de la protection des étrangers, le droit de la concurrence à celui de la protection des concurrents.

Or, tel n'est pas le cas: chacun de ces droits constitue ou fonde une ou plusieurs polices administratives spéciales et comporte une dimension collective prééminente à leur dimension subjective. Une telle prééminence est historique et conceptuelle. Il n'est pas nié que leur dimension respective ait acquis depuis la seconde guerre mondiale une ampleur croissante dans le cadre d'un processus de subjectivisation des droits porté notamment par la CEDH. Il est juste rappelé que le but de ces droits est, initialement, de servir la collectivité et non le seul individu. C'est dans cette fonction sociale que ces différents régimes trouvent leur unité, le droit des données personnelles ne faisant pas exception.

Tel était l'objet premier du présent travail : rétablir l'unité du droit des données personnelles en rappelant sa dimension collective, masquée depuis l'origine par sa dimension subjective et, ainsi, enrayer la tendance marquée du droit des données personnelles à l'autonomie afin de rompre avec son isolement. La méthode adoptée a consisté à analyser systématiquement les concepts-clefs du droit des données personnelles à la lueur des notions et catégories du droit commun.

Le résultat se matérialise par une grille de lecture de ce droit spécial permettant d'en expliquer l'ensemble au travers du tryptique liberté publique, police administrative spéciale et ordre public spécial. Ce résultat n'aboutit pas à rejeter comme erronée toute lecture du droit des données personnelles sous un angle subjectiviste, par exemple à la lueur de la notion de droit fondamental. Il aboutit seulement à en révéler la pertinence limitée, en ce que le parti-pris d'adopter ce seul point de vue ne permet d'expliquer qu'une faible partie du droit positif des données personnelles.

En second lieu, la présente recherche a eu pour effet de mener, au travers de l'exemple du droit des données personnelles, une réflexion sur la notion de police administrative spéciale, et notamment sur la pertinence de son emploi en droit positif contemporain au regard de l'usage très répandu du terme de régulation. En effet, en ayant recours à une métaphore de biologiste, l'objet initial de cette thèse consistait à étudier une bactérie mal connue, le droit des données personnelles en l'espèce, afin de faire progresser sa compréhension. Mener à bien une telle opération a nécessité de sélectionner un microscope adéquat, le concept de police administrative spéciale. Mais un autre instrument paraissait tout aussi pertinent, le concept de régulation. La sélection de l'instrument d'observation et d'explicitation selon nous le plus idoine a alors nécessité une amélioration de l'outil sélectionné.

De prime abord, l'usage du terme de régulation semble nécessaire. Pour ainsi dire, de manière imagée, le sort de la notion de police dans l'enseignement des facultés de droit évoque assez irrésistiblement celui subi par le Kurdistan à l'égard du processus de fixation arbitraire des frontières par les autorités coloniales de l'époque : cette notion fait l'objet d'une pulvérisation entre des disciplines distinctes en dépit de l'indéniable cohérence théorique de ses diverses et innombrables manifestations en droit. La cohérence du phénomène, en dépit de son interdisciplinarité, explique d'ailleurs la vigueur de l'emploi contemporain du terme de régulation pour désigner le même phénomène, précisément dans une approche transcendant les frontières disciplinaires existantes. A cet égard, le succès relativement récent de l'emploi de la notion de régulation révèle un besoin dans la production d'un concept qui permettrait de faire le lien, de manière interdisciplinaire, entre toutes les manifestations de la notion de police.

Mais l'usage du concept de régulation pour saisir ce droit n'est pertinent que jusqu'à un certain stade. Si l'on veut gagner en précision, il faut avoir recours à la notion de police administrative spéciale. Mais cette dernière, dans sa forme classique cantonnée au seul droit public interne, semble alors inapte à saisir l'intégralité du droit des données personnelles, qui ne se réduit pas, dans le cadre de cette société mondialisée qu'est la société de l'information, qu'au seul droit administratif interne, biotope en apparence naturel de la notion de police administrative spéciale. Or, cette dernière souffre, en tant que concept, de la concurrence que lui porte la notion de régulation. Et cette dernière ne prospère que sur la méconnaissance de la première. Cette ignorance tient à la réduction de la police administrative à la seule police administrative générale, procédé relativement rigide, en faisant totalement abstraction de la notion de police administrative spéciale, procédé particulièrement plastique. Or, sous couvert de défendre une notion nouvelle de régulation, ses promoteurs ne font qu'isoler les novations de la notion de police administrative spéciale de son concept mère. Et ce dernier ne permet pas *a priori* de limiter ces novations à un domaine ou à un type de procédés particuliers, tant et si bien qu'il est dans la nature même des polices administratives spéciales que de pouvoir comporter des procédés de droit privé et d'avoir une portée extraterritoriale.

En effet, à ne s'en tenir qu'au droit public interne, le miroir qu'est la notion de police administrative spéciale, promené le long du chemin du droit des données personnelles, apparaît comme brisé et incomplet. Pour ne pas avoir à se contenter d'un reflet tout aussi incomplet, il fallait alors suivre les diverses manifestations du droit des données personnelles hors du droit public interne pour déterminer si elles pouvaient toutes se raccrocher à la notion de police. Or, tel est bien le cas. Une police administrative spéciale ne constitue jamais qu'un procédé disciplinaire visant au maintien d'un équilibre non naturel. L'objet de ce procédé est toujours la production de liberté. Or, cette dernière existe à l'état latent : l'état fictionnel dit de nature n'est jamais qu'un espace de libertés non réglementées. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il soit caractérisé par

la plus grande production de liberté possible, dans la mesure où l'abus de liberté constitue le début de la tyrannie. L'objet du procédé de police, instrument du libéralisme, est donc d'appivoiser ce phénomène naturel, de le domestiquer en vue d'assurer sa croissance.

Or, la liberté ne saurait constituer un objet réductible à ses seuls enjeux appréhendables en droit public interne. Le législateur, lorsqu'il réglemente une activité libre, ne sépare pas dans l'instrument qu'il adopte celles des dispositions se rapportant au droit public interne, au droit privé, au droit international... Or, cette unité initiale de l'équilibre fixé dans la loi se fragmente au contact non pas de la pratique du droit, mais de son enseignement.

Ainsi, l'étude du droit des données personnelles trouve son intérêt non seulement dans la qualification de ce droit comme une police administrative spéciale mais également, au delà, par la réflexion qu'il ouvre sur les fonctions de l'État, le recours à la notion de régulation paraissant moins apte à les penser que celle de police.

## Bibliographie

### I - Ouvrages

#### A/ Ouvrage juridiques généraux : traités, manuels, précis et dictionnaires

ALLAND Denis, *Droit international public*, PUF, 2000.

ALLAND Denis et TEITGEN-COLLY Catherine, *Traité du droit de l'asile*, PUF, 2002.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Quadrige/PUF, 2008.

AUBY Jean-Marie et DUCOS-ADER Robert, *Droit de l'information*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1982.

AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Les sûretés – La publicité foncière*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2013.

BEAUCHARD Jean, *Droit de la distribution et de la consommation*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1996.

BENOIT Francis–Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968.

BENSOUSSAN Alain (dir.), *Informatique Télécoms Internet*, 4<sup>ème</sup> édition, Francis Lefebvre, 2008.

BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7<sup>ème</sup> édition, Arthur Rousseau, 1913.

BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002.

BIOY Xavier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2011.

BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit matériel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2009.

BON Pierre et MAUS Didier, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008.

BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine, LASSALE Jean-Pierre, *Finances publiques*, 11<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2012.

BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995.

BURDEAU Georges, *Les libertés publiques*, LGDJ, 1961.

BURDEAU Georges, *Les libertés publiques*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1972.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, Tome I, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1980.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, Tome V – *Les régimes politiques*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1985.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, Tome VI – *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1987.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, Tome I et II, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2010.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 14<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2008.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.

CACHARD Olivier, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2008.

CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, *Droit de la consommation*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2003.

CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, *Droit de la consommation*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006.

CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.

CAPRIOLI Éric, *Droit international de l'économie numérique*, 2<sup>ème</sup> édition, Litec, 2007.

CARBONNIER Jean, *Droit civil – Les personnes*, 21<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000.

CARBONNIER Jean, *Droit civil – Les biens*, 19<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000.

CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.

CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2013.

CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet*, Montchrestien, 2010.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2001.

CHARVIN Robert, SUEUR Jacques, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 1994.

CHEVALLIER Jacques et LOCHAK Danièle, *Science administrative, Tome I – Théorie générale de l'institution administrative*, LGDJ, 1978.

CHEVALLIER Jacques et LOCHAK Danièle, *Science administrative, Tome II – L'administration comme organisation et système d'action*, LGDJ, 1978.

CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, 4<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007.

CHRETIEN Patrice et CHIFFLOT Nicolas, *Droit administratif*, 13<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2012.

COLLIARD Claude-Albert, *Libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1975.

COLLIARD Claude-Albert, *Libertés publiques*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1982.

COLLIARD Claude-Albert et LETTERON Roseline, *Libertés publiques*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2005.

COLSON Jean-Philippe, IDOUX Pascale, *Droit public économique*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2008.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 9<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2010.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, PUF, 2007.

CROZE Hervé et BISMUTH Yves, *Droit de l'informatique*, Economica, 1986.

DAMAREY Stéphanie, *Exécution et contrôle des finances publiques*, Gualino, 2007.

DE FORGES Jean-Michel, *Les institutions administratives françaises*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1989.

DEBBASCH Charles, *Science administrative*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1980.

DEBBASCH Charles (dir.), *Droit des médias*, Dalloz, 2002.

DEBBASCH Charles, ISAR Hervé, AGOSTINELLI Xavier, *Droit de la communication*, 1<sup>ère</sup> édition, Dalloz, 2002.

DE BELLESCIZE Diane, FRANCESCHINI Laurence, *Droit de la communication*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011.

DECAUX Emmanuel, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.

DE GERANDO Joseph-Marie, *Institutes du droit administratif français*, Tome 1, Nève, 1829.

DE LAUBADÈRE André, *Traité de droit administratif*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1976.

DE MARTENS Frédéric, *Traité de droit international*, tome 2, traduction par M. Léo Alfred, Chevalier-Marescq et Cie, 1886.

DENIZEAU Charlotte, *Droit des libertés fondamentales*, Magnard-Vuibert, 2010.

DERIEUX Emmanuel, GRANCHET Agnès, *Droit des médias*, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2010.

DOMAT Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, seconde édition, Chez Pierre Auboüin, Libraire de Messeigneurs les Enfans de France, Pierre Emery & Charles Clouzier, 1697.

DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2012.

DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fointemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003.

DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat, le droit et l'Etat - les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, 4<sup>ème</sup> édition, E. de Boccard, 1923.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, 3<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1927.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, 3<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1928.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 2<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1923.

DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1923, rééd., Panthéon-Assas, 2007.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 5 - Les libertés publiques, 2<sup>ème</sup> édition, de Boccard, 1925.

DU MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science-Po et Dalloz, 2004.

DUMAS Roland, *Le droit de l'information*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1981.

DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Droits et libertés fondamentaux*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2010.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, 1982, rééd., LGDJ-Lextenso éditions, 2014.

ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1914, rééd., Panthéon-Assas, 2001.

FALLON Marc, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruylant-Academia,

2002.

FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2011.

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENASOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PIN Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009.

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 14<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2012.

FENET Alain (dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Litec, 2006.

FÉRAL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.

FIALAIRE Jacques, MONDIELLI Éric, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005.

FOREST DAVID, *Droit des données personnelles*, Gualino, 2011.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Les 100 mots de la régulation*, PUF, Que sais-je?, 2011.

GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 18<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2005.

GAVALDA Christian et PARLEANI Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6<sup>ème</sup> édition, Litec, 2010.

GENTOT Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, 2<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 1994.

GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993.

GOHIN Olivier, *Institutions administratives*, 5<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2006.

GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1 et 2, Dalloz, 2011.

GUETTIER Christophe, *Institutions administratives*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 3<sup>ème</sup> édition, Larose, 1897.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4<sup>ème</sup> édition, Larose, 1900-1901.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>ème</sup> édition, rééd., Dalloz, 2002.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1916.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1929.

HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2013.

HEYMANN-DOAT Arlette, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2000.

HUET Jérôme et DREYER Emmanuel, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011.

IDOT Laurence, *Droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, 2004.

ISRAËL Jean-Jacques, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998.

JULIEN Jérôme, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien - Lextenso, 2009.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne et LEVENEUR Laurent, *Droit des assurances*, 13<sup>ème</sup> édition, 2011.

LAMY *Droit du numérique*, Lamy, 2012.

LAURENT François, *Principes de droit civil français*, Tome 6, 4<sup>ème</sup> édition, Bruylant -Christophe et Cie, 1887.

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009.

LECLERCQ Claude, *Libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003.

LEGENDRE Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968.

LIET-VEAUX Georges, THUILLIER Andrée, *Droit de la construction*, 11<sup>ème</sup> édition, Litec, 1994.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2007.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2011.

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2007.

LUCAS André, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987.

LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001.

LUCAS DE LEYSSAC Claude et PARLEANI Gilbert, *Droit du marché*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2002.

MADIOT Yves, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Masson, 1976.

MALAURIE, Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> édition, Defrénois, 2005.

MAYER Pierre, HEUZE Vincent, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2010.

MAZEAUD Henri, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, Tome 1, 6<sup>ème</sup> édition, 1981.

MORANGE Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000.

MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, 4<sup>ème</sup> édition, Francis Lefebvre, 2010.

NIBOYET Jean-Paulin, *Traité de droit international privé*, Tome 1, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1947.

NOWAK Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, 2<sup>ème</sup> édition, N. P. Engel, 2005.

OBERDORFF Henri, *Les institutions administratives*, 4<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2004.

OBERDORFF Henri, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2011.

PACTET Pierre, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 31<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2012.

PAUVERT Bertrand, LATOUR Xavier, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Studyrama, 2008.

PAUVERT Bertrand et LATOUR Xavier, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, 3<sup>ème</sup> édition, Studyrama, 2011

PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien - Lextenso Editions, 2013.

PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2005.

PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, Economica, 2008.

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1946.

PRÉLOT Pierre-Henri, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette Supérieur, 2007.

PRIOLLAUD François-Xavier et SIRITZKY David, *Le traité de Lisbonne. Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, La documentation Française, 2008.

RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2011.

RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008.

RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2002.

RIGAUX François et FALLON Marc, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> édition, Larcier, 2005.

RIVERO Jean, *Cours de libertés publiques*, Les cours de droit, 1970.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 1: Les droits de l'homme, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1973.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 1977.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 1: Les droits de l'homme, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1978.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2: Le régime des principales libertés, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1980.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 2, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Tome 1: Les droits de l'homme, 7<sup>ème</sup> édition, PUF, 1995.

RIVERO Jean et WALINE Jean, *Droit administratif*, 17<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1998.

ROBERT Jacques, *Libertés publiques*, Montchrestien, 1971.

ROBERT Jacques et DUFFAR Jean, *Libertés publiques*, Monchrestien, 1982.

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.

SAVATIER René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Tome 1, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1951.

SCELLE Georges, *Précis de droit des gens*, première partie, Sirey, 1932.

SCELLE Georges, *Droit international public, Manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Domat-Montchrestien, 1944.

SERRAND Pierre, *Manuel d'institutions administratives françaises*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 2009.

- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2009.
- SIMONET Jean-Baptiste, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, F. Pichon, 1893.
- STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Introduction au droit*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2000.
- SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9<sup>ème</sup> édition, PUF, 2008.
- SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>ème</sup> édition, PUF, 2011.
- SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, 5<sup>ème</sup> édition, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF-Thémis, 2009.
- TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1999.
- TEYSSIE Bernard, *Droit civil – Les personnes*, 12<sup>ème</sup> édition, Litec, 2010.
- THIEFFRY Patrick, *Commerce électronique: droit international et européen*, Litec, 2002.
- TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2009.
- TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004.
- VATTEL Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome 1, nouvelle édition, Librairie diplomatique française et étrangère de J.-P. Aillaud, 1835.
- VATTEL Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome 3, nouvelle édition, Guillaumin et C<sup>ie</sup>, 1863.
- VEDEL Georges et DELVOLLÉ Pierre, *Droit administratif*, deux tomes, 12<sup>ème</sup> édition, PUF, 1992.
- VIVIEN, *Études administratives*, deux tomes, 3<sup>ème</sup> édition, Cujas, 1974.
- WALINE Marcel, *Droit administratif*, 9<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1963.
- WEIDENFELD Katia, *Histoire du droit administratif*, Economica, 2010.

## **B/ Ouvrages juridiques spéciaux**

### **1) Thèses et mémoires**

- ADAM Henri Tassin, *Les établissements publics internationaux*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit international, Tome III, 1957.
- ANTIPPAS Jérémy, *Les droits de la personnalité: de l'extension au droit administratif d'une théorie fondamentale de droit privé*, thèse, Paris II, 2010.
- AMBLARD Philippe, *Régulation de l'Internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, thèse, Bruylant, Cahiers du CRID n° 24, 2004.
- BENYEKHFLEF Karim, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*,

thèse, Thémis – Université de Montréal, 1992.

BERNARD Paul, *La notion d'ordre public en droit administratif*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Volume XLII, 1962.

BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 22, 2003.

BLANC-GONNET JONASON Patricia, *Protection de la vie privée et transparence à l'épreuve de l'informatique (Droit français, droit suédois et directive 95/46/ce du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995)*, thèse, Paris XII, 2000.

BORGETTO Michel, *La notion de fraternité en droit public français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993.

BOUCOBZA Xavier, *L'acquisition internationale de société*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 301, 1998.

BOURGEOS Claude, *L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information*, thèse, Paris V, 2003.

BOUSTA Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, thèse, L'Harmattan, 2010.

BOYER-CAPELLE Camille, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Limoges, 2009.

BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, 1968.

BRUGUIÈRE Jean-Michel, *La diffusion de l'information publique*, thèse, Montpellier I, 1995.

CABALLERO Francis, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome CLXIX, Bibliothèque de droit public, Tome CXL, 1981.

CACHARD Olivier, *La régulation internationale du marché électronique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 365, 2002.

CALANDRI Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 259, 2008.

CAPITANT David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, thèse, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 87, 2001.

CASTILLO RUGELES Jorge Antonio, *La protection de la vie privée face au développement de l'informatique*, thèse, Paris I, 1975.

CHAGNY Muriel, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Le principe de continuité du service public international*, thèse, Nancy, 1965.

CHILSTEIN David, *Droit pénal international et lois de police*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 24, 2003.

CLUZEL-METAYER Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, thèse, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Volume 52, 2006.

COLLET Martin, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 233, 2003.

- COMBEAU Pascal, *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, thèse, Bordeaux IV, 2000.
- COUDRAY Ludovic, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne*, 2 volumes, thèse, Paris II, 2005.
- DANOS Frédéric, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse, Economica, 2007.
- DEFFAINS Nathalie, *Le régime répressif des libertés publiques*, thèse, Strasbourg, 1993.
- DELHOSTE Marie-France, *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 214, 2001.
- DELVOLVÉ Véronique, *La liberté d'entreprendre*, thèse, Paris II, 2002.
- DEMICHEL André, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome XXIX, 1960.
- DEMOULAIN Matthieu, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, thèse, Éditions Panthéon-Assas, 2012.
- DEMUNCK Vincent, *La naissance de la CNIL. Étude d'une modification de l'action politique en France*, Mémoire de DEA sous la direction du professeur Bastien FRANÇOIS, Paris I, 2006.
- DESINGLY Aurélien, *L'union européenne entrepreneur du service public international*, thèse, L'Harmattan, 2011.
- DROIN Nathalie, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, LGDJ, Fondation Varenne, Collection des thèses, n° 35, 2010.
- DUHEN Willy, *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à internet*, thèse, PUAM, 2013.
- DUMAS Romain, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, thèse, L'Harmattan, 2008.
- ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 254, 1996.
- ETOA Samuel, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »: analyse des discours juridiques français*, thèse, Caen, 2010.
- EYNARD Jessica, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2011.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 221, 1992.
- FALLON Marc, *Les accidents de la consommation et le droit. La responsabilité du fait des produits en question: droit comparé, droit des conflits de lois avec l'aide de la méthode expérimentale*, thèse, Bruylant, 1982.
- FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome XXXIV, 1963.
- GANNAGÉ Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 353, 2001.
- FAUGÉROLAS Laurent, *L'accès international à des banques de données*, thèse, GLN éditions, 1989.
- FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume n° 25, 2003.

- FRAISSINIER Virginie, *La liberté d'entreprendre. Étude de droit privé*, thèse, La Réunion, 2006.
- FRANCO Stéphanie, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, thèse, Bruylant–LGDJ, 2005.
- FRIEDEL-SOUCHU Évelyne, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 109, 1994.
- FRUMER Philippe, *La renonciation aux droits et libertés*, thèse, Bruylant, 2001.
- GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Economica, 1985.
- GAILLARD Gilbert, *Les polices spéciales en droit administratif*, thèse, Grenoble, 1977.
- GANNAGÉ Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 353, 2001.
- GENIAUT Benoît, *La proportionnalité dans les relations du travail*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009.
- GUGLIELMI Gilles, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française: de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Volume 157, 1991.
- GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 327, 2000.
- HECQUARD-THÉRON Maryvonne, *Essai sur la notion de réglementation*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXXVI, 1977.
- HERVIEU Merryll, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 118, 2012.
- HEUZÉ Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux*, thèse, Joly, 1990
- HOSTIOU René, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXIX, 1974.
- ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXIX, 1968.
- ISIDORO Cécile, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 242, 2006.
- JACQUET Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, thèse, Economica, 1983.
- JOLY Dominique, *Le régime français du contrôle du commerce extérieur*, deux volumes, thèse, Service de reproduction des thèses de l'université des sciences sociales de Grenoble, 1975.
- JONGEN François, *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, thèse, Bruylant, 1994.
- JOURDAIN-FORTIER Clotilde, *Santé et commerce international*, thèse, Litec, 2006
- KAZZI Habib, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée*, thèse, PUAM, 2007.
- KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 240, 1994.

LACOSTE Jean-Marc, *Pour une pleine et entière reconnaissance du droit à la protection des données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2008.

LE CLAINCHE Julien, *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, thèse, Montpellier I, 2008.

LEON-GUZMAN Marlen, *L'obligation d'auto-contrôle des entreprises en droit européen de la sécurité alimentaire*, thèse, INIDA, 2011.

LESAULNIER Frédérique, *L'information nominative*, thèse, Paris II, 2005.

LETTERON Roseline, *L'administré et le droit à l'information*, thèse, Paris X Nanterre, 1987.

LEVALLOIS-BARTH Claire, *La protection européenne des données à caractère personnel et de la vie privée dans le contexte des réseaux et services de communications électroniques*, 2 volumes, thèse, Rennes I, 2003.

LIVET Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974.

LOISEAU Grégoire, *Le nom objet d'un contrat*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 274, 1997.

MAETZ Olivier, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Fondation Varenne, Collection des thèses, Volume 51, 2011.

MAILLARD DESGRÉES DU LOU Dominique, *Police générale, polices spéciales (Recherche sur la spécificité des polices générale et spéciale)*, 2 volumes, thèse, Rennes, 1988.

MALAUURIE Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public (Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, Matot-Braine, 1953.

MALLET-POUJOL Nathalie, *La commercialisation des banques de données*, 3 volumes, thèse, Montpellier 1, 1991.

MALLET-POUJOL Nathalie, *Commercialisation des banques de données*, thèse, CNRS Éditions, 1993.

MARCHADIER FABIEN, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Bruylant, 2007.

MARLAC-NEGRIER Claire, *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, 2 volumes, thèse, PUAM, 2001.

MAROT Pierre-Yves, *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, thèse, Nantes, 2007.

MATTATIA Fabrice, *La protection des données à caractère personnel face aux usages illicites, déloyaux et frauduleux*, thèse, Paris X, 2010.

MAURER Béatrice, *Le principe de dignité de la personne humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, CÉric-La Documentation française, 1999.

MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit constitutionnel et de science politique, Tome 112, 2003.

MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004.

MOINE Isabelle, *Les choses hors-commerce*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 271, 1997.

MORANGE Georges, *Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, thèse, Nancy-Laxou, 1940.

MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXV, 1967.

NÉGRIN Jean-Paul, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, thèse, LGDJ, 1971.

NÉRAC Philippe, *La protection du nom patronymique en droit civil*, thèse, PUF, 1980.

NORD Nicolas, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse, Strasbourg III, 2003.

OLIVIER Jean-Michel, *Les sources administratives du droit privé*, 2 volumes, thèse, Paris II, 1981.

PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, thèse, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.

PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, 2 volumes, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXLVI, 1984.

PICHARD Marc, *Le droit à*, thèse, Economica, 2006.

PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, Tome 36, 2002.

PORTEAU-AZOULAI Sophie, *Le pouvoir réglementaire de la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, thèse, Paris II, 1993.

PREUSS-LAUSSINOTTE Sylvia, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 209, 2000.

RAMBAUD Romain, *L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, thèse, L'Harmattan, 2012.

RAYNAUD Julien, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse, PUAM, 2003.

RÉMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 79, 2008.

RONGERE Pierrette, *Le procédé de l'acte-type*, thèse, LGDJ, 1968.

ROQUES-BONNET Marie-Charlotte, *La Constitution et l'Internet*, thèse, Toulouse I, 2008.

ROUX André, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, thèse, Economica, 1983.

SAINT-PAU Jean-Christophe, *L'anonymat et le droit*, 2 volumes, thèse, Bordeaux IV, 1998.

SAUPHANOR Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 326, 2000.

SÉE Arnaud, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, thèse, Strasbourg, 2010.

SÉNÉCHAL-L'HOMME Anne-Marie, *Les critères des lois de police (étude de droit international privé)*, thèse, Paris X, 1981.

- SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966.
- SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 266, 2011.
- STARCK Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, L. Rodstein, 1947.
- TEITGEN Pierre-Henri, *La police municipale*, thèse, Sirey, 1934.
- THULLIER Béatrice, *L'autorisation. Étude de droit privé*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 252, 1996.
- TRAMONI Jean-Joseph, *Le contentieux administratif de la communication audiovisuelle*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 201, 1998.
- TÜRK Alex, *Le droit public français face au progrès technologique*, 2 volumes, thèse, Lille II, 1984.
- VAN LANG Agathe, *Juge judiciaire et droit administratif*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 183, 1996.
- VEDEL George, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse, Sirey, 1934.
- VENEZIA Jean-Claude, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome XVII, 1958.
- VIDAL-NAQUET Ariane, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Panthéon-Assas, 2007.
- VIGNAL Nancy, *La transparence en droit privé des contrats (approche critique de l'exigence)*, thèse, PUAM, 1998.
- VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *L'ordre public, Étude de droit interne comparé*, thèse, PUF, 2001.
- VITALIS André, *Informatique, pouvoir et libertés publiques*, thèse, Rennes, 1979.

## 2) Monographies

- BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Que sais-je?, 1992.
- BENNETT J. Colin, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 1992.
- BRAIBANT Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001.
- BURDEAU Georges, *La démocratie*, La Baconnière, 1956, rééd., Seuil, 1966.
- BURDEAU Georges, *L'État*, 1970, Seuil, rééd., 2009.
- BYGRAVE Lee A., *Data protection law – Approaching its rationale, logic and limits*, Kluwer law international, 2002.
- CANAL-FORGUES Éric, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Flammarion, 1996.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, Tome 1 et 2, rééd. CNRS, 1962.

CATALA Nicole, *L'entreprise*, in *Traité Dalloz de Droit du Travail*, tome 4, 1980.

CATALA Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998.

CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2008.

DUGUIT Léon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003.

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.

EISENMANN Charles, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948.

FRAYSSINET Jean, *La bureaucratie*, Berger-Levrault, 1981.

FRAYSSINET Jean, *Informatique, fichiers et libertés*, Litec, 1992.

GUILLOUARD Jean, *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs: autorisations, actes d'exécutions, concessions*, Pedone, 1903.

GRISTI Éric, *La réforme de l'État*, Vuibert, 2007.

HAURIOU Maurice, *La gestion administrative*, Larose, 1899.

HAURIOU Maurice, *Leçons sur le mouvement social*, Larose, 1899.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit, Deuxième partie – Théorie juridique de l'Etat*, M. Giard et E. Brière, 1913, rééd., Éditions Panthéon-Assas, 2005.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1939.

KAYSER Pierre, *La protection de la vie privée, Tome 1: protection du secret de la vie privée*, PUAM, 1984.

KAYSER Pierre, *La protection de la vie privée par le droit*, 3<sup>ème</sup> édition, Economica - PUAM, 1995.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant – LGDJ, 1997.

LEPAGE Agathe, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, 2002.

LEVINET Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, 2006.

LUFF David, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruylant - LGDJ, 2004.

MAISL Herbert, *Le droit des données publiques*, LGDJ, 1996.

MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *Droit et société*, n° 26, LGDJ, 1999.

MORANGE Jean, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009.

MOYNIER Gustave, *Les bureaux internationaux des unions universelles*, A. Cherbuliez, 1892.

- OBERDORFF Henri, *La Démocratie à l'ère numérique*, PUG, 2010.
- PINTO Roger, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Economica, 1984.
- PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Confluences, 1999.
- RÉMOND-GOUILLOUD Martine, *Du droit de détruire : essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989.
- RIGAUX François, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant - LGDJ, 1990.
- ROUBIER Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.
- ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, rééd, Dalloz, 2005.
- ROUYER-HAMERAY Bernard, *Les compétences implicites des organisations internationales*, LGDJ, Bibliothèque de droit international, 1962.
- SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, PUF, 2008.
- TIMSIT Gérard, *Les noms de la loi*, PUF, 1991.
- VITALIS André, *Informatique, pouvoir et libertés*, Economica, 1981.
- VOGEL David, *Trading up*, Harvard University Press, 1995.
- VON JHERING Rudolf, *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006 (réédition).
- f  
 VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, trad. française par O. De Meulenaere, Librairie Chevalier-Maresq, Paris, 1888, 3<sup>ème</sup> édition, t. IV, p. 338.
- YAGIL Limore, *Internet et les droits de la personne*, Cerf, 2006.

### 3) Ouvrages collectifs

- AÏDAN Géraldine et DEBAETS Émilie, *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, 2013.
- AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010.
- AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007.
- AUDIT Mathias, MUIR WATT Horatia, PATAUT Étienne (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008.
- AUVRET-FINCK Josiane (dir.), *L'union européenne carrefour de coopérations*, LGDJ et Centre d'Études du Droit des Organisations européennes (CEDORE), 1998.
- AZOULAI Loïc et BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006.
- BENSOUSSAN Alain (dir.), *Internet, aspects juridiques*, 2<sup>ème</sup> édition, Hermès, 1998.
- BLANDIN-OBERNESSER Annie (dir.), *L'Union européenne et internet*, Éditions Apogée, Publications du Pôle européen Jean-Monnet Université Rennes I, 2001.

- BOUHADANA Irène et GILLES William, *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique*, Les éditions Imodev, 2014.
- BOULOC Bernard (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006.
- BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005.
- BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte (coord.), *Contrat ou Institution, un enjeu de société*, LGDJ, 2004.
- CANDELA SORIANO Mercedes (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006.
- Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID) n° 20, *Variations sur le droit de la société de l'information*, Bruylant, 2002.
- CELIM, *Droit communautaire et liberté des flux transfrontières*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1988.
- CERCERID, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet -Saint Étienne, 1989.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011.
- CHATILLON Georges (dir.), *Droit européen comparé d'Internet*, XVème Congrès international de droit comparé tenu à Bristol en 1998, Bruylant, 2000.
- CHATILLON Georges (dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruylant, 2003.
- CHATILLON Georges (dir.), *Droit de l'administration électronique*, Bruylant, 2011.
- CHATILLON Georges et DU MARAIS Bertrand (dir.), *L'administration électronique au service des citoyens*, Actes du colloque du Conseil d'État et de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 21 et 22 janvier 2002, Bruylant, 2003.
- CNIL, *les libertés et l'informatique, vingt délibérations commentées*, La Documentation française, 1998.
- COLLART DUTILLEUL François et RIEM Fabrice (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Institut Universitaire Varenne, 2013.
- COLLIARD Claude-Albert et TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, les voies du droit, 1988.
- DEBBASCH Charles (dir.), *La Commission Nationale de la Communication et des Libertés*, Economica – PUAM, 1988.
- DECAUX Emmanuel (dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Economica, 2011.
- DEHOUSSE Franklin, VERBIEST Thibault, ZGAJEWSKI Tania, *Introduction au droit de la société de l'information*, Larcier, 2007.
- DE LAMBERTERIE Isabelle et HUET Jérôme (dir.), *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, Rapport au Conseil de la Recherche du Ministère de la Justice, Paris, LGDJ, 1987.

- DESGENS-PASANAU Guillaume, FREYSSINET Éric, *L'identité à l'ère numérique*, Dalloz, 2009.
- Droits et libertés dans l'entreprise de A à Z*, Francis Lefebvre, 2009
- DUBOS Olivier et KAUFMANN Pascal, *L'Europe des services*, Pedone, 2009.
- DUBOUT Édouard et TOUZÉ Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010.
- DUMAS Romain et GARAUD Éric, *CEDH et Droit des affaires*, Francis Lefebvre, 2008.
- Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983.
- FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre, HAAS Gérard, *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2000.
- FLAESCH-MOUGIN Catherine, *Union européenne et sécurité: aspects internes et externes*, Bruylant, 2009.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Volume 2, Presses de Science Po et DALLOZ, 2004.
- FUCHS Angelika, MUIR-WATT Horatia et PATAUT Étienne (dir.), *Les conflits de loi et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004.
- GALLOUEDEC GENUYS Françoise, MAISL Herbert, *Le secret des fichiers*, Éditions CUJAS, IFSA, cahier n° 13, 1976.
- GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Droit et intérêt*, volume 2, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 1990.
- GHESTIN Jacques et FONTAINE Marcel (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 261, 1996.
- GIROT Jean-Luc (dir.), *Le harcèlement numérique*, Dalloz, 2005.
- GOLDMAN Berthold et FRANCESKAKIS Phocion (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Librairies techniques, 1977.
- GOURION Pierre-Alain et RUANO-PHILIPPEAU Maria, *Le droit de l'Internet dans l'entreprise*, LGDJ, 2003.
- GUTWIRTH Serge, POULLET Yves, DE HERT Paul, DE TERWANGNE Cécile, NOUWT Sjaak, *Reinventing Data Protection?*, Springer, 2009.
- JAMOUS Haroun et GREMION Pierre, *L'ordinateur au pouvoir. Essai sur les projets de rationalisation du gouvernement et des hommes*, Seuil, 1978.
- LACOUR Stéphanie (dir.), *La sécurité de l'individu numérisé*, L'Harmattan, 2008.
- LASSERRE Bruno, LENOIR Noëlle, STIRN Bernard, *La transparence administrative*, PUF, 1987.
- La télématique, aspects techniques, juridiques et sociopolitiques, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des Facultés de Notre-Dame de Namur, Story-scientia, Tome 1 et 2.
- Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012.
- Le droit, l'informatique et l'arbitraire*, Actes du colloque d'EPICURE du Jeudi 7 décembre 1989, Publications de la Sorbonne, 1991.

Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Actes colloque Aix, PUAM, 1994.

LOQUIN Éric et KESSEDJIAN Catherine (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, volume 19, Litec, 2000.

LYON-CAEN Antoine et LOKIEC Pascal (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, *CEDH et droit privé*, La Documentation française, Mission de recherche « Droit et justice », Paris, 2001.

MICHEL Valérie (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009.

MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001.

NEIRINCK Claire (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Droit et société, n° 47, LGDJ, 2008.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

PETITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, 1999.

PIATTI Marie-Christine (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, PUL, 2001.

PLESSIX Benoît et DEFFAINS Nathalie (dir.), *Fichiers informatiques et sécurité publique*, PUN – Éditions universitaires de Lorraine, 2013.

POTVIN-SOLIS Laurence (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012.

POUSSON-PETIT Jacqueline, *L'identité de la personne humaine, Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Droit et justice n° 29, 2001.

RENET Thierry et VIDAL Laurent, *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009.

RIDEAU Joël, GREWE Constance, BALMOND Louis, ARCARI Maurizio (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Equilibres et déséquilibres de la balance*, Droit et Justice n°92, Bruylant, 2010.

ROCHFELD Judith (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ – Lextenso éditions, 2010.

ROUSSILLON Henry et Xavier BIOY (dir.), *La liberté personnelle. Une autre conception de la liberté?*, Actes de la journée d'étude du 7 mai 2005 organisée par le Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles et Politiques, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006.

SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n° 21, Bruylant, 1998.

SWIRE Peter et LITAN Robert, *None of your Business, World data Flows, Electronic and the European Privacy Directive*, Brookings Inst. Press, Washington DC, 1998.

TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tomes 1 et 2, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000.

*Télématique et communication : un nouveau droit?*, Actes des Troisièmes Entretiens de Nanterre de Droit de l'Informatique organisés le 20 octobre 1983 par l'Université de Paris X, Economica, 1985.

*Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, UNESCO/Economica, 2000.

VÉRONICA Marie et PALAZZI Pablo (coord.), *Défis du droit à la protection de la vie privée – Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°31, Bruylant, 2008.

### **C/ Ouvrages non juridiques**

ABOUT Ilse et DENIS Vincent, *Histoire de l'identification des personnes*, La Découverte, 2010.

ALBERGANTI Michel, *Sous L'Oeil Des Puces. La Rfid Et La Démocratie*, Actes Sud, 2007.

ARENDT Hannah, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1994.

ARIÈS Philippe et DUBY Georges, *Histoire de la vie privée*, Tomes 1 à 5, Seuil, 1999.

AUDARD Catherine, *Qu'est ce que le libéralisme ?*, Gallimard, 2009.

BADIE Bertrand, *La fin des territoires, Essai sur le désordre international et sur l'unité sociale du respect*, Librairie Arthème Fayard, 1995.

BELLEIL Arnaud, *E-privacy, le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'internet*, Dunod, 2001.

BERNS Thomas, *Gouverner sans gouverner, une archéologie politique de la statistique*, PUF, 2009.

BEZES Philippe, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 2009.

BIAGINI Cédric et CARNINO Guillaume (dir.), *La tyrannie technologique*, éditions L'échappée belle, 2007.

BODIN Jean, *Les Six Livres de la République*, Chez Jacques du Puys, Libraire Juré, à la Samaritaine, 1576.

BOUSSAGUET Laurie, JACQUOT Sophie, RAVINET Pauline (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3<sup>ème</sup> édition, Presses de Science Po, 2010.

CASTELLS Manuel, *La société en réseaux*, Tome 1, Fayard, 1996.

CHEVALLIER Jean-Jacques, *Histoire de la pensée politique*, Payot & Rivages, rééd., 1993.

CHEVALLIER Jean-Jacques, *Les grandes œuvres politiques, de Machiavel à nos jours*, Armand Colin, 1997.

COMTE Auguste, *Système de politique positive*, 3<sup>ème</sup> cahier du « Catéchisme des industriels » in Œuvres de Saint-Simon, huitième volume, E. Dentu, 1875, rééd Œuvres de Claude-Henri de Saint-Simon, Tome IV, éditions anthropos, 1966.

CRETTEZ Xavier et PIAZZA Pierre (dir.), *Du papier à la biométrie, identifier les individus*, actes du colloque organisé par le CARPO, Centre d'analyse et de régulation du politique, en avril 2004 à l'Université de Versailles-Saint-Quentin, Presses de Sciences-po, 2006.

DONZELOT Jacques, *L'invention du social*, Seuil, 1994.

- ECHAUDEMAISON Claude-Danièle (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 8<sup>ème</sup> édition, Nathan, 2009.
- ELLUL Jacques, *La Technique ou l'enjeu du siècle*, Economica, réed., 1990.
- ELLUL Jacques, *Le système technicien*, Calmann Lévy, 1977.
- EWALD François, *L'histoire de l'État-providence : les origines de la solidarité*, Grasset et Fasquelle, 1986.
- FAYOL Henri, *Administration industrielle et générale*, Dunod, Paris, 1918, rééd. Dunod, Paris, 1999.
- FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité*, tome 1, Gallimard, 1976.
- FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil, 2004.
- FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population*, Gallimard-Seuil, 2004.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2007.
- FRIEDMAN Milton, *Capitalisme et liberté*, Leduc, 2010.
- GOFFMAN Erving, *La mise en scène de la vie quotidienne 1 : La présentation de soi* et *La mise en scène de la vie quotidienne. 2. Les relations en public*, Les Editions de Minuit, 1973.
- HAYEK Friedrich August, *Droit, législation et liberté*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2013.
- JAMOUS Haroun et GREMION Pierre, *L'ordinateur au pouvoir – Essai sur les projets de rationalisation du gouvernement et des hommes*, Seuil, 1978.
- JUBERT Francis, MONTFORT Élisabeth, STAKOWSKI Robert, *La e-administration – Levier de la réforme de l'État*, Dunod, 2005.
- KANT Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle*, GF Flammarion, 2006.
- LARRERE Catherine, *L'invention de l'économie au XVIII<sup>ème</sup> siècle*, PUF, 1992.
- LEGENDRE Pierre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968.
- L'HEUILLET Hélène, *Basse politique, haute police. Une approche historique et philosophique de la police*, Fayard, 2001.
- LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, réed., GF-Flammarion, 1992.
- LOSFELD Christophe, *Politesse, morale et construction sociale. Pour une histoire des traités de comportements (1670-1788)*, Honoré Champion, 2011.
- Le nouveau Petit Robert*, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, 2009.
- Le nouveau Petit Robert*, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, 2010.
- Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2012.
- MATTELART Armand, *Histoire de la société de l'information*, 4<sup>ème</sup> édition, La Découverte, 2009.
- MATTELART Armand, *La globalisation de la surveillance*, La Découverte, 2007.
- MATTELART Armand et VITALIS André, *Le profilage des populations : du livre ouvrier au*

*cybercontrôle*, La Découverte, 2014.

MOUNIER Pierre, *Les maîtres du réseau*, La Découverte, 2002.

MOUNIER-KUHN Pierre-Éric, *L'Informatique en France, de la seconde guerre mondiale au Plan Calcul. L'émergence d'une science*, PUPS, 2010.

MUCHEMBLED Robert, *La société policée. Politique et politesse en France du XVI<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle*, Seuil, 1998.

NAPOLI Paolo, *Naissance de la police moderne*, La Découverte, 2003.

NAY Olivier, *Histoire des idées politiques*, Armand Colin, 2007.

PIAZZA Pierre, *Histoire de la carte nationale d'identité*, Odile Jacob, 2004.

PISIER Éveline, CHATELET François, DUHAMEL Olivier, BOURETZ Pierre, COLAS Dominique et GUILLARME Bertrand, *Histoire des idées politiques*, PUF/Quadrige, 2004.

POSNER Richard, *The economics of justice*, Harvard University Press, 1981.

RAYNAUD Philippe, *La politesse des Lumières. Les lois, les mœurs, les manières*, Gallimard, 2013.

RIFKIN Jeremy, *L'âge de l'accès*, La Découverte, 2000.

ROBERT Pascal, *L'impensé informatique (Au miroir du quotidien « Le Monde » -1972/1980)*, thèse de sociologie, Paris I, 1994.

ROCHELANDET Fabrice, *Économie des données personnelles et de la vie privée*, La Découverte, 2010.

ROSANVALLON Pierre, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Seuil, 1990.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Flammarion, 1992.

SERVIER Jean, *L'utopie*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1985.

SIMON Herbert, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983.

SMITH Adam, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Tome I et II, Flammarion, 1991.

WEBER Max, *Économie et société*, Tome 1, Pocket, 1995.

WIENER Norbert, *Cybernétique et société. L'usage humain des êtres humains*, 1950, Houghton Millflin Harcourt Publishing Company, rééd. Seuil, 2014.

## **II – Articles, études, fascicules, chroniques, notes, commentaires, observations**

### **1) Articles, études, fascicules**

ACHILLEAS Philippe, « Fascicule 4650: Droit communautaire des communications électroniques », *Jurisque Communication*, 2005.

ACHILLEAS Philippe, « Fascicule 7350: Droit international des communications électroniques », *Jurisclasseur Communication*, 2008.

ADAM Alexandre, « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les États-Unis, Entre souci de protection et volonté de coopération », *RTDE*, n° 42 (3), juillet-septembre 2006, pp. 411-437.

AGOSTI Pascal et CAPRIOLI Éric, « La confiance dans l'économie numérique (commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) », *LPA*, 3 juin 2005, n° 110, p. 4.

ALCARAZ Hubert, « Droits et libertés – Droit au respect de la vie privée », *in* DRAGO Guillaume (coord.), Observatoire de jurisprudence constitutionnelle, Chronique n° 6, avril-juin 2011, *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 33, 2011, pp. 217-221.

ALLEMAND Roselyne, « L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications », *AJDA*, 1<sup>er</sup> novembre 2004, p. 2025.

AMSELEK Paul, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit: Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, pp. 1471-1508.

ANCEL Pascal, « La protection des données personnelles – Aspects de droit privé français », *RIDC*, 3-1987, p. 609-626.

ANDRIEU Thomas, « L'étude du Conseil d'État: « inventaire méthodique et codification du droit de la communication » », *Légicom*, n° 40, 2007/4, pp. 9-18.

ANTIPPAS Jérémy, « L'utilisation du droit administratif en droit civil », *RFDA*, juillet-août 2014, pp. 795-816.

ARES Chantal et DE CADARAN Anne, « Postes et télécommunications », *Répertoire international Dalloz*, 1998.

ARMAND Gilles, « L'ordre public de protection individuelle », *RRJ*, 2004-3, pp. 1583-1646.

ASCENCIO Hervé, « L'extraterritorialité comme instrument », Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises, décembre 2010, disponible à l'adresse <http://www.univ-paris1.fr/centres-de-recherche/iredies/equipe/professeurs/herve-ascencio/contributions-en-ligne-herve-ascencio/>.

ATIAS Christian, « Les actions en justice à fin de police civile dans les groupements de propriétaires », *Rec. Dalloz*, 2000, n° 29, pp. 447-449.

AUBY Jean-Bernard, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *in Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 3-16.

AUBY Jean-Bernard, « Globalisation et droit public », *in Gouverner, administrer et juger*, Mélanges Waline, Dalloz, 2002 pp. 135-157.

AUTIN Jean-Louis, « fascicule 300 : Intervention des AAI », *Jurisclasseur Libertés*, 2009.

AUTIN Jean-Louis et IDOUX Pascale, « Fascicule 274-12: Nouvelles technologies de communication. Internet. Télématicque », *JurisClasseur Administratif*, 2011.

AUVRET Patrick, « Fascicule 1200: Principes du droit de la communication », *JurisClasseur Communication*, 2002.

AUVRET Patrick, « Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CCE*, décembre 2010, pp. 6-9.

- AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, « Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur internet en droit européen », in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, pp. 99-118.
- AYRAULT Ludovic, Fasc. 59 : fiscalité des propriétés publiques, *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2009.
- AZOULAI Loïc, « Introduction: Les fondements de l'autorité de l'Union », in AZOULAI Loïc et BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, pp. 3-15.
- AZOULAI Loïc, « Le principe de bonne administration », in AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 493-518.
- AZOULAI Loïc, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTDE*, oct-déc. 2010, pp. 842-860.
- BALLET Philippe, « Où en est la procédure d'agrément des hébergeurs de données de santé à caractère personnel ? », *Gaz. Pal.*, 19 avril 2007, n° 109, p. 20.
- BARANÈS William et FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le souci de l'effectivité du droit », *Rec. Dalloz*, 1996, 35<sup>ème</sup> cahier, chronique, pp. 301-303.
- BARDIN Michaël, « Le droit d'accès à internet: entre « choix de société » et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, mars 2013, pp. 79-87.
- BARLOY François, « Le conseil constitutionnel, la liberté individuelle et l'ordre public », *RA*, n°287, septembre-octobre 1995, pp.483-492.
- BEAUD Olivier, « L'État », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, 2011, pp. 207-267.
- BEAUSSONIE Guillaume, « L'extracommercialité relative d'un fichier informatisé de clientèle », *Rec. Dalloz*, 25 juillet 2013, n° 27, pp. 1867-1870.
- BEER-GABEL Josette, « Le contrôle de l'administration par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés », *RDP*, 1980, pp. 1043-1070.
- BEHAR-TOUCHAIS Martine, « Conflits de lois et régulation économique: les opérations bancaires », in AUDIT Mathias, MUIR WATT Horatia, PATAUT Étienne (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008, pp. 75-92.
- BEIGNIER Bernard, « La protection de la vie privée », in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 14<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2008, pp. 187-213.
- BELLEIL Arnaud, « La régulation économique des données personnelles? », *Légicom*, n° 42, 2009/4, pp. 143-151.
- BENLOLO-CARABOT Myriam, « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 380-386.
- BENOIT-ROHMER Florence, « A propos de l'arrêt Bosphorus Air lines du 30 juin 2005: l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, n° 64, pp. 827-853.
- BENSAMOUN Alexandra et ZOLYNSKI Célia, « Big data et privacy : comment concilier nouveaux modèles d'affaires et droits des utilisateurs ? », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, pp. 8-12.
- BERG G. Terrence, « Trade in Services: Toward a « Development Round » of GATT Negotiations Benefiting Both Developing and Industrialized States », *Harvard International Law Journal*, Vol. 28, Number 1, Winter 1987, pp. 1-30.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », in BERGÉ Jean-Sylvestre, NIBOYET Marie-Laure (dir.), *La réception du droit communautaire dans le droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 206-233.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « La protection du droit d'auteur et des données à caractère personnel: étude d'un phénomène de communautarisation du droit des conflits de lois », in FUCHS Angelika, MUIR-WATT Horatia et PATAUT Étienne (dir.), *Les conflits de loi et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, pp. 225-241.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire: contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit », *LPA*, 5 octobre 2004, n° 199, pp. 32-39.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire: de l'incomplétude à la cohérence », in MICHEL Valérie (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 339-352.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE*, 3/2009, pp. 441-459.

BIGELOW Robert, « Transborder data flow barriers », *Jurimetrics Journal*, Vol.20, Issue 1 (Fall 1979), pp. 8-17.

BING Jon, « The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection », *Mich. YBI Legal Stud.*, vol. 5, 1984, pp. 271-303.

BIOY Xavier, « Propos introductifs », in ROUSSILLON Henry et Xavier BIOY (dir.), *La liberté personnelle. Une autre conception de la liberté?*, Actes de la journée d'étude du 7 mai 2005 organisée par le Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles et Politiques, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, pp. 21-32.

BISCHOFF Pierre, « L'Union européenne et la protection des données – La société de l'information à l'épreuve des droits de l'homme », *RMCUE*, n° 421, septembre 1998, pp. 537-543.

BISMUTH Yves, « Les clauses-types dans les contrats informatiques: le surgelé contractuel », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2008, 39, pp. 44-47.

BLANDIN-OBERNESSER Annie, « Vers l'affirmation d'une identité européenne sur internet », in BLANDIN-OBERNESSER Annie (dir.), *L'Union européenne et internet*, Éditions Apogée, Publications du Pôle européen Jean-Monnet Université Rennes I, 2001, pp. 187-189.

BLANQUET Marc, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in AUVRET-FINCK Josiane (dir.), *L'union européenne carrefour de coopérations*, LGDJ et Centre d'Études du Droit des Organisations européennes (CEDORE), 1998, pp. 115-181.

BLANQUET Marc, « L'évolution des impératifs de sécurité dans les politiques communautaires », in FLAESCH-MOUGIN Catherine, *Union européenne et sécurité: aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 13-78.

BLOUD-REY Céline, « Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? », *Rec. Dalloz*, 2013, pp. 2795-2801

BOCKEL Alain, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, pp. 355-370.

BODA Jean-Sébastien, « Entre libertés économiques et droits de l'homme: l'ambivalence de la liberté d'expression », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 229-244.

- BOTTINI Fabien, « À quand une question prioritaire de constitutionnalité sur le cadre législatif des fichiers de police? », *JCP A*, n° 18, 2 mai 2011, pp. 41-45.
- BOUCHER Philippe, « SAFARI, ou la chasse aux français », *Le Monde*, 21 mars 1974, p. 9.
- BOUCOBZA Isabelle, « La « co-administration » dans la production des normes juridiques communautaires », *DA*, décembre 2004, pp. 7-13.
- BOURCIER Danièle, « Données sensibles et risque informatique – De l'intimité menacée à l'intimité virtuelle », in CURAPP, « Questions sensibles », PUF, 1998, pp. 39-58.
- BOURCIER Danièle, « L'acte de juger est-il modélisable? De la logique à la justice », *APD*, Tome 54, pp. 37-53.
- BOUVIER Michel, « Éditorial de « L'évasion fiscale internationale » », *RFFP*, n° 110, avril 2010, pp. V-VII.
- BOUVIER Michel, « La « règle d'or » des finances publiques a-t-elle un avenir? », *RFFP*, n° 117, février 2012, pp. 135-147.
- BRADFORD Anu, « The Brussels Effect », *Northwestern University Law Review*, Fall 2012, pp. 1-67.
- BRAIBANT Guy, « L'informatique dans l'administration », *RISA*, 1968, pp. 341-346.
- BRAIBANT Guy, « Perspectives et problèmes du développement de l'informatique dans l'administration publique au cours de la prochaine décennie », *RISA*, 1971, pp. 201-211.
- BRAIBANT Guy, « La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique », *RIDC*, 1971, n°4, pp. 793-817.
- BRAIBANT Guy, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard CHARLIER, Éditions de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 703-710.
- BRETHER DE LA GRESSAYE Jean, « Droit administratif et droit privé », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle*, Études offertes à Georges Ripert, Tome 1, LGDJ, 1950, pp. 304-322.
- BERTRAND Brunessen, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général? », *Europe*, janvier 2012, pp. 6-12.
- BRUGUIERE Jean-Michel, « Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier », *Rec. Dalloz*, 2014, pp. 299-301.
- BRUGGEMAN Maryline, « Le rôle de l'état civil », in NEIRINCK Claire (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Droit et société, n° 47, LGDJ, 2008, pp. 23-39.
- BUISSON Jacques, « La géolocalisation enfin prévue par une loi », *Procédures*, août 2014, pp. 7-11.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence, « La coopération interinstitutionnelle, approche comparative et tentative de systématisation », in AUVRET-FINCK Josiane (dir.), *L'union européenne carrefour de coopérations*, LGDJ et Centre d'Études du Droit des Organisations européennes (CEDORE), 1998, pp. 13-28.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, pp. 145-173.
- BURKERT Herbert, « Le jugement du Tribunal Constitutionnel fédéral allemand sur le recensement démographique et ses conséquences », *Droit de l'Informatique*, 1984, n°1, pp. 8-16.
- BURKERT Herbert, « Progrès technologique, protection de la vie privée et responsabilité

politique », *RFAP*, n° 89, janvier-mars 1999, pp. 119-129.

BURKERT Herbert, « Dualities of Privacy – An introduction to «Personal data Protection and Fundamental Rights » », in PEREZ, PALAZZI, POULLET, *Privacy – new visions*, Cahier du Crid n° 31, 2008, pp. 13-23.

BURTON Cédric et PROUST Olivier, « Le conflit de droit entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume », *RLDI*, 2009, n° 46, pp. 79-84.

BURTON Cédric et PROUST Olivier, « Les autorités européennes prennent position sur le conflit de droits entre les règles de e-discovery et la protection des données à caractère personnel », *RLDI*, 2009, n° 47, pp. 73-76.

BUY Michel, « Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise: un conflit de logiques », in *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, Actes colloque Aix, PUAM, 1994, pp. 9-27.

BYGRAVE A. Lee, « Minding the machine: art. 15 of the EC Data Protection Directive and automated profiling », *Computer Law & Security Report*, Volume 17, Issue 1, 1 January 2001, pp. 17-24.

BYK Christian, « Biométrie et Constitution: est-il déjà trop tard pour les libertés publiques? », *JCP*, n° 25, 18 juin 2008, pp. 19-22.

CACHARD Olivier, « Aux grands arrêts, les juristes reconnaissantes... Brefs propos sur l'anonymisation des décisions de justice », *Rec. Dalloz*, 2004, n° 7, pp. 429-430.

CACHARD Olivier, « LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable », *CCE*, septembre 2004, pp. 53-56.

CADOUX Louise et TABATONI Pierre, « Les défis d'Internet à la protection de la vie privée: institutions, marchés et techniques en Europe et aux États-Unis », in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tome 1, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000, pp. 15-36.

CAILLOSSE Jacques, « Le droit administratif contre la performance publique? », *AJDA*, 20 mars 1999, pp. 195-211.

CAPRIOLI Éric, « Loi du 6 août 2004. Commerce à distance sur l'Internet et protection des données à caractère personnel », *CCE*, février 2005, pp. 24-39.

CAPRIOLI Éric, « Des échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives d'une part et entre ces dernières d'autre part », note sous l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, *JORF* 9 décembre 2005, p. 18986, *JCP A*, 27 mars 2006, pp. 432-434.

CAPRIOLI Éric, « Violation des règles propres aux données à caractère personnel et réseau SWIFT », *RDBF*, janvier-février 2007, pp. 32-33.

CAPRIOLI Éric et AGOSTI Pascal, « La confiance dans l'économie numérique (Commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) », *LPA*, 3 juin 2005, n° 110, pp. 4-19.

CAPRIOLI Éric et SORIEUL Renaud, « Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI*, 1997, n° 2, pp. 323-401.

CARBONNIER Jean, « Le droit administratif du droit civil », *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, pp.758-763.

- CARREAU Dominique, « Services », *Répertoire international Dalloz*, 1998.
- CASAUX-LABRUNEE Lise, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », *DS*, 2008, n° 11, pp. 1032-1041.
- CASSESE Sabino, « Le droit administratif global: une introduction », *DA*, mai 2007, pp. 17-26.
- CASTETS-RENARD Céline, « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles », *Rec. Dalloz*, 26 juin 2014, n° 23, pp. 1355-1359.
- CATALA Pierre, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *Rec. Dalloz*, 1994, chronique, pp. 97-104.
- CHAMARD-HEIM Caroline, Fasc. 58 : Domaine privé – gestion, *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2012.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *Rec. Dalloz*, 1995, pp. 323-329.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, pp. 19-25.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Les droits fondamentaux et l'identité des ordres juridiques: l'approche publiciste », in DUBOUT Édouard et TOUZÉ Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, pp. 149-163.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Droits de l'homme et libertés économiques: éléments de problématique », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 21-34.
- CHARBONNEAU Cyrille et PANSIER Frédéric-Jérôme, « Le système de traitement des infractions constatées ou les faits infractionnels à l'épreuve de la « memory S.T.I.C. » », *LPA*, 24 août 2001, n° 169, pp. 3-9.
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Libre droit*, Mélanges offerts à Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2007, pp. 225-249.
- CHAUMONT Charles, « Perspectives d'une théorie du Service public à l'usage du Droit international contemporain », in *La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome 1, LGDJ, 1950, pp. 115-178.
- CHATILLON Georges, « Fondements, principes et nature du droit de l'administration électronique », in CHATILLON Georges (dir.), *Droit de l'administration électronique*, Bruylant, 2011, pp. 27-39.
- CHAVANAT Bruno, « Questionnement de l'étude du Conseil d'État », *Légicom*, n° 40, 2007/4, pp. 67-70.
- CHÉROT Jean-Yves, « Les techniques de cohérence entre régulations nationales et communautaires », in FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Science Po et DALLOZ, Volume 2, 2004, pp. 144-153.
- CHEVALLIER Jacques, « COB, CNIL, CNCL et Cie: la « philosophie » des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, n° 146, décembre 1988, pp. 13-28.
- CHEVALLIER Jacques, « De quelques usages du concept de régulation », in MIAILLE Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, pp. 71-93.
- CHEVALLIER Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, pp. 37-61.

CHEVALLIER Jacques, « Le droit économique: Insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique? », in BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice (coord. ), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 559-578.

CHEVALLIER Jacques, « Contractualisation et régulation », in CHASSAGNARD-PINET Sandrine et HIEZ David (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, pp. 83-93.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Le droit à la protection des données à caractère personnel : un droit fondamental du XXI<sup>ème</sup> siècle ? » in FERRAND Jérôme et PETIT Hugues (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme - L'Odyssée des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, tome III , pp. 77-97.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Sécurité et droits de l'homme dans l'Union européenne », in FLAESCH-MOUGIN Catherine, *Union européenne et sécurité: aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 135-149.

CLAMOUR Guylain, « Fascicule 1340: Libertés professionnelles et liberté d'entreprise », *Jurisclasseur Libertés*, 2007.

CLUZEL-METAYER Lucie, « Les téléservices publics face au droit à la confidentialité des données », *RFAP*, 2013/2, n° 146, pp. 405-418.

COHEN Dany, « Ampleur et qualités du consentement donnée par clic de souris », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, pp. 3-7.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Liberté de circulation des informations et souveraineté des tats, Société française pour le droit international, actes du colloque de la SFDI sur le thème « La circulation des informations et le droit international », Strasbourg, juin 1977. Pedone, Paris, 1978, pp. 3-54.

COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2008) », *AFDI*, 2008, pp. 529-546

COHEN-TANUGI Laurent, « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, 10 juillet 1998, p.4.

COLLET Martin, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », in *Annales de la régulation*, Volume 1 (2006), LGDJ, pp. 127-150.

COLLET Martin, « Le droit fiscal, berceau de la régulation? », in REVET Thierry et VIDAL Laurent, *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009, pp. 39-58.

COLSON Jean-Philippe, « Aspects juridiques de la politique nucléaire de la V<sup>ème</sup> République », *AJDA*, 1977, pp. 290-299.

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 47-58.

COMBEAU Pascal, « Fascicule 129-40: Coopération décentralisée », *Jurisclasseur administratif*, 2010.

CONAC Pierre-Henri, « Publicité et secret en matière de sanction devant les autorités régulatrices indépendantes », in BOULOC Bernard (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, pp. 81-112.

COSTA Jean-Paul, « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1er de la convention européenne des droits de l'homme? », in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, pp. 483-500.

COUDRAY Ludovic, « La transparence et l'accès aux documents », in AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 519-535.

- CROZAFON Jean-Luc, « Le contexte juridique des développements du RNIS », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1988, n° 4, pp. 27-33.
- CRUCIS Henry-Michel, « Le Parlement face aux sciences et technologies », *AJDA*, 1991, pp. 448-455.
- CRUTCHFIELD GEORGE Barbara, LYNCH Patricia et MARSNIK Susan J., « U.S. Multinational employers: navigating through the « Safe harbor » principles to comply with the EU data privacy directive », *American Business Law Journal*, vol. 38, 2001, pp. 735-783.
- D'AVOUT LOUIS, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in DUBOUT Édouard et TOUZÉ Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, pp. 165-198.
- DAGOT Michel et FREMONT Paul, « Fasc. 30 : Publicité foncière – Généralités », *Jurisclasseur Civil Annexes*, 2005.
- DAGOT Michel et FREMONT Paul, « Fasc. 40: Publicité foncière – Fonctionnement. Conditions. Dépôt. Formalités », *Jurisclasseur Civil Annexes*, 2010.
- DAMY Grégory, « Une nécessaire protection renforcée du consommateur face au rapprochement des secteurs de la banque et de l'assurance », *LPA*, 17 novembre 2006, n° 230, pp.6-13.
- DASSE Michel, « L'initiative informatique », in *Informatique et développement régional*, Actes du colloque des 20 et 21 octobre 1977 tenu à Fontevraud, La Documentation française, 1978, pp. 22-29.
- DAUGERON Bruno, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public: retour sur la naissance d'un concept », *RFAP*, n° 137-138, 2011, pp. 21-37.
- DEBET Anne, « De multiples clauses abusives du le site Amazon.fr », commentaire sous TGI Paris, 1ere chambre, sect. soc., 28 octobre 2008, UFC Que Choisir c/ Amazon . com et a., *CCE*, n° 2, février 2009, pp. 31-35.
- DECAUX Emmanuel, « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA*, 20 juillet/20 août 1998, n° spécial, pp. 66-74.
- DE COCKBORNE Jean-Éric, « L'approche globale de l'Union européenne sur les problèmes de la société de l'information », *RMCUE*, n° 442, octobre 1998, pp. 617-628.
- DECOOPMAN Nicole, « Droit du marché et droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Association Henri Capitant, Tome I, Lille, 1996, pp. 141-153.
- DEHOUSSE Franck et ZGAJEWSKI Tania, « De l'U.I.T. À l'O.M.C.: les mutations du droit international des télécommunications », *Revue belge de droit international*, Bruylant, 1999/1, pp. 271-328.
- DE LA PRESLE Anne, « L'administration et l'échange de données informatisé », *AJDA*, 20 novembre 1992, pp. 707-716.
- DELARUE Jean-Marie, « L'Europe des fichiers – Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Le dialogue des juges*, mélanges Bruno Genevois, Dalloz, 2009, pp. 233-304.
- DELAUNAY Bénédicte, « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », *AJDA*, 20 juin 2011, pp. 1180-1188.
- DELMAS-MARTY Mireille, « L'espace judiciaire européen : laboratoire de la mondialisation », *Rec. Dalloz*, 2000, pp. 421-426.
- DEPRINS Dominique, « La statistique, instrument de pouvoir ? », *RIEJ*, 2005.55, pp. 117-136.

DE KERCHOVE Gilles, « Respect des droits fondamentaux: contrainte ou condition de réalisation de l'espace pénal européen? », in CANDELA SORIANO Mercedes (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006, pp. 269-276.

DERIEUX Emmanuel, « Neutralité: liberté ou surveillance . Fondements et éléments du droit de l'internet », *RLDI*, n° 74, août-septembre 2011, pp. 85-96.

DE HERT Paul et GUTWIRTH Serge, « Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in Action », in GUTWIRTH Serge, POULLET Yves, DE HERT Paul, DE TERWANGNE Cécile, NOUWT Sjaak, *Reinventing Data Protection?*, Springer, 2009, pp. 3-44.

DE SCHUTTER Olivier, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1999, pp. 827-863.

DE SCHUTTER Olivier, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel », note sous CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c. la Roumanie, *RTDH*, 2001, pp. 137-183.

DE SCHUTTER Olivier, « Les droits fondamentaux dans le projet européen – Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe -Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004

DE SCHUTTER Olivier, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la justice des communautés européennes », in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Droit et justice n° 64, 2005, pp. 189-242.

DE SCHUTTER Olivier, « Article II-68 », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, LEVADE Anne, PICOD Fabrice (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II : la Charte des droits fondamentaux de l'UE*, Bruylant, 2005, pp. 122-152.

DE TISSOT Olivier, « Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », *DS*, n° 12, décembre 1995, pp. 972- 977.

DESGENS-PASANAU Guillaume, « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », in GIROT Jean-Luc (dir.), *Le harcèlement numérique*, Dalloz, 2005, pp. 75-113.

DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP*, 100 (2), avril-juin 2011, pp. 207-290.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012, pp. 157-177.

DOCKÈS Emmanuel, « Le pouvoir dans les rapports de travail, Essor juridique d'une nuisance économique », *DS*, juin 2004, n° 6, pp. 620-628.

DORN Nicholas, « Du renseignement au partage des informations. L'intelligence protéiforme », *Cahiers de la sécurité intérieure*, n°34, 2<sup>ème</sup> trimestre 1998, pp. 91-108.

DOUAY Sophie, « L'identité personnelle dans la civilisation de réseaux », *Rec. Dalloz*, 2007, n° 37, p. 2623.

DREYER Emmanuel , « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005, n°1, pp. 19-44.

DREYER Emmanuel, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *CCE* mai 2005, n° 5, Étude n° 18, pp. 21-26.

DREYER Emmanuel, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Rec. Dalloz*, 2006, n°11, pp. 748-753.

DREYFUS Jean-David, Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI)? Approche phénoménologique, in BOULOC Bernard (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, pp. 9-13.

DUBOS Olivier, « Fascicule n° 24: droit administratif et droit communautaire », JurisClasseur Administratif, 2006.

DUBOS Olivier, « Police administrative et droit communautaire : kaléidoscope », *DA*, avril 2007, pp. 20-25.

DUBOS Olivier et KAUFMANN Pascal, « Le marché européen des services: quels instruments pour quels enjeux? », in DUBOS Olivier et KAUFMANN Pascal, *L'Europe des services*, Pedone, 2009, pp. 9-30.

DUBOUIS Louis, « La « guerre de la fraise » : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire », *RFDA*, 1998, pp. 120-134.

DUBOUT Édouard, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 70, 2007, pp. 397-425.

DUBOUT Édouard et TOUZÉ Sébastien, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT Édouard et TOUZÉ Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, pp. 11-35.

DUBUISSON François, « Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression », in *Internet et le droit international*, actes du 47<sup>ème</sup> colloque de la SFDI, Pedone, 2014, pp. 133-164.

DU MARAIS Bertrand, « Le service public du nommage, consécration et limites », *RFAP*, 2013/2, n° 146, pp. 299-312.

DUMORTIER Franck et POULLET Yves, « La protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en piliers de l'Union européenne », *RLDI*, juillet 2007, n° 29, pp. 76-86.

DUMORTIER Thomas, « La référence ambivalente au marché comme justification de la liberté des agents économiques », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 75-86.

DUPUIS Charles, « La liberté des voies de communications et les Relations internationales », *RCADI*, 1924, Tome 2, pp. 129-285.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, pp. 263-278.

EISENMANN Charles, « Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle) », *RDV*, 1952, pp. 904-979.

EPPERSON G. Michael, « Contracts for Transnational Information Services: Securing Equivalency of Data Protection », *Harvard International Law Journal*, 1981, vol. 22, pp. 157-175.

ESTADELLA-YUSTE Olga, « Transborder Data Flows and the Sources of Public International Law », *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.*, 1991, pp. 379-433.

FABERON Jean-Yves, « Choix scientifiques et décision parlementaire », *AJDA*, 1983, pp. 514-526.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Rec. Dalloz*, 2008, n° 1, pp. 31-39.

FAGES Bertrand, MESTRE Jacques, « Curiosités précontractuelles », *RTDCiv.*, 2000, pp. 562-564.

FAGES Bertrand, MESTRE Jacques, « Vie privée et exécution du contrat », *RTDCiv.*, 2004, pp. 729-731.

FAGES Bertrand, MESTRE Jacques, « Discriminations, formation et contenu du contrat », *RTDCiv.*, 2006, pp. 303-305.

FALQUE-PIERROTIN Isabelle, « Le droit souple vu de la CNIL : un droit relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles », in *Le droit souple*, EDCE, 2013, pp. 239-255.

FAURE Bertrand, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA*, juillet-août 1998, pp. 547-552.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, 2000, vol. 52, n° 4, pp. 797-818.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », in CHATILLON Georges (dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruylant, 2003, pp. 55-70.

FAUVET Jacques, « La protection des données personnelles », *RIDC*, Vol. 39 n°3, Juillet-septembre 1987, pp. 551-556.

FAUVET Jacques, « La commission nationale de l'informatique et des libertés, vingt ans après... », in *Libertés*, Mélanges Jacques ROBERT, Monchrestien, 1998, pp. 111-123.

FAVOREU Louis, ROUX André, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002, pp. 88-92.

FELIX Arnaud, « La transposition par l'AMF de la Directive Abus de marché en matière de rachat d'actions: que reste-t-il du *safe harbor*? », *RDBF*, septembre-octobre 2005, pp. 51-55.

FELLOWS R. Michael and PARBERRY Ian, « SIGACT trying to get children excited about CS », *Computer Research News*, January 1993, p. 7.

FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre, « Vie privée du salarié : les nouveaux enjeux de la cybersurveillance », *JCP E*, 5 juillet 2007, n°27-28, 1878, pp. 37-43.

FLAUSS Jean-François, « Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Institut René Cassin de Strasbourg, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 217-256.

FLAUSS Jean-François, « Le droit du conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Dalloz, 2002, pp. 47-66.

FLAUSS Jean-François, « Propos conclusifs – Variations autour de l'influence extra-muros de la Convention européenne des droits de l'homme », in FLAUSS Jean-François (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les États tiers*, Bruylant, Collection droit et justice n° 35, 2002, pp. 129-155.

FLAUSS Jean-François, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, n° 62, pp. 313-331.

FLORY Thiébault et LIGNEUL Nicolas, « Commerce international, droits de l'homme, mondialisation : les droits de l'homme et l'organisation mondiale du commerce », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Publications de l'Institut international des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 179-191.

FORTEAU Mathias, « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations -unies – Quelques remarques iconoclastes », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 397-402.

FORTEAU Mathias, « La contribution de l'Union européenne au développement du droit international général. Les limites du particularisme? », *Clunet*, juillet-août-septembre 2010, pp. 888-900.

FOYER Jacques, « L'ordre public international est-il toujours français? », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Dalloz, 2010, pp. 267-280.

FRANCESKAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP*, 1966, pp. 1-18.

FRANCESKAKIS Phocion, « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », *TCFDIP*, 1966-1969, pp. 149-178.

FRANCOIS Aimé, « L'informatique et l'Administration: trois thèmes de réflexion », *RISA*, 1970, pp. 56-66.

FRANCOIS Aimé, « L'informatique dans l'administration: un problème d'intégration », *RISA*, 1972, pp. 409-418.

FRAYSSINET Jean, « L'informatique et le secret des fichiers », *RA*, 1977, pp.175-185.

FRAYSSINET Jean, « L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *RRJ*, 1989-4, pp. 903-918.

FRAYSSINET Jean, « Le conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (n° 92-316 DC, 20 janvier 1993) », *RFDC*, 1993, n° 14, pp. 395-405.

FRAYSSINET Jean, « L'internet et la protection juridique des données personnelles », in *L'internet et le droit*, Actes du colloque organisé par l'école doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris 1 les 25 et 26 septembre 2000, Victoires, Collection Légipresse, 2001, pp. 287-306.

FRAYSSINET Jean, « Le transfert et la protection des données personnelles en provenance de l'Union européenne vers les États-Unis: l'accord dit « sphère de sécurité » ou safe harbour », *CCE*, 2001, n°3, pp. 10-14.

FRAYSSINET Jean, « La protection des données personnelles et l'entreprise en ligne », in *Le droit de l'entreprise et Internet*, Actes du colloque de Marseille du 15 juin 2001, PUAM, 2002, pp. 89-104.

FRAYSSINET Jean, « La loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004: continuité et/ou rupture? », *RLDI*, 2005, n°9, pp. 50-55.

FRAYSSINET Jean, « Trente ans après, la loi « Informatique et libertés » se cherche encore », *RLDI*, janvier 2008, n° 34, pp. 69-73.

FRAYSSINET Jean, « Le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel : constantes et nouveautés », *CCE*, janvier 2002, pp. 11-15.

FRAYSSINET Jean et KAYSER Pierre, « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *RDP*, 1979, pp. 629-691.

FRAYSSINET Jean, « La régulation de la protection des données personnelles », *Légicom*, n° 42, 2009/4, pp. 5-9.

FRAYSSINET Jean, « La régulation du respect de la loi informatique, fichiers et libertés par le droit

- pénal: une épée en bois », *Légicom*, n° 42, 2009/4, pp. 23-33.
- FREYRIA Charles, « La notion de conflit de lois en droit public », *TCFDIP*, 1962-1964, séance du 29 mars 1963, pp. 103-132.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1995, n° 40, pp. 287-314.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTDCiv.*, 1998, pp. 43-56.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, pp. 610-616.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Les nouveaux champs de la régulation », *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 53-63.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *La semaine juridique – Édition générale*, novembre 2010, n° 48, pp. 2206-2207.
- FRYDMAN Benoît, HENNEBEL Ludovic, « Le contentieux transnational des droits de l'homme: une analyse stratégique », *RTDH*, 2009, n° 77, pp. 73-136.
- GALLOUEDEC-GENUYS Françoise, « Informatique et secret dans l'administration », *RISA*, 1972, pp. 141-148.
- GANNAGÉ Léna, « À propos de l' « absolutisme » des droits fondamentaux », *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008, pp. 265-284.
- GASCON Y MARIN José, « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, 1930, Tome IV, pp. 5-73.
- GASSIN Raymond, « Informatiques et libertés », *in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, tome V, Dalloz, 1987.
- GASSIN Raymond, « Attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes et droit pénal : le cas de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) », *RRJ*, 2001-5, Cahiers de méthodologie juridique, p. 2251-2270.
- GAUDEMET Mathieu et PERRAY Romain, « « Scoring » et protection des données personnelles: un nouveau régime à l'efficacité incertaine », *LPA*, 30 mai 2006, n° 107, pp. 8-10.
- GAUTRON Virginie, « Usages et mésusages des fichiers de police: La sécurité contre la sûreté? », *Actualité Juridique Pénal*, juin 2010, pp. 266-269.
- GAZIER François et CANNAC Yves, « Étude sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1983-1984, pp. 13-77.
- GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, pp. 877-886.
- GENTOT Michel, « Renouveau de la problématique », *in* CHATILLON Georges et DU MARAIS Bertrand (dir.), *L'administration électronique au service des citoyens*, Actes du colloque du Conseil d'État et de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 21 et 22 janvier 2002, Bruylant, 2003, pp. 325-335.
- GEORGOPOULOS Théodore, « Libertés fondamentales communautaires et droits fondamentaux européens : le conflit n'aura pas lieu », *LPA*, 8 janvier 2004, n° 6, pp. 6-14.
- GHEBALI Victor-Yves, « L'UIT et le rapport de la Commission indépendante pour le développement mondial des télécommunications », *AFDI*, 1985, pp. 671-685.

- GHERARI Habib, « Les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du commerce », in BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, pp. 167-202.
- GREMION Pierre et JAMOUS Haroun, « Les systèmes d'information dans l'administration publique », *RFSP*, 1974, n° 2, pp. 214-235.
- GREWE Constance, « Les exigences de la protection des droits fondamentaux », in RIDEAU Joël, GREWE Constance, BALMOND Louis, ARCARI Maurizio (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Équilibres et déséquilibres de la balance*, Droit et Justice n°92, Bruylant, 2010, pp. 71-83.
- GREWE Constance et BRODIER Hélène, « Fascicule 680: Libertés et fichiers », *JurisClasseur Libertés*, 2008.
- GRIGUER Merav, « Vers une compatibilité de la loi informatique et libertés avec les lois américaines », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mars-avril 2010, n°2, pp. 45-51.
- GROSBON Sophie, « La primauté du commerce sur les droits de l'homme dans le cadre de l'OMC », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 177-193.
- GRUBER Annie, « E-democracy: la loi « informatique et libertés » en France », *LPA*, 12 octobre 2005, n° 203, pp. 5-13.
- GRUBER Annie, « Le système français de protection des données personnelles », *LPA*, 4 mai 2007, n°90, pp. 4-13.
- GUADAMUZ Andreas, « Habeas Data vs. the European Data Protection Directive », *The Journal of Information, Law and Technology*, 2000 (2), <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-2/guadamuz.html>>.
- GUERRIER Claudine, « Protection des données personnelles et applications biométriques en Europe », *CCE*, juillet/août 2003, pp. 17-22.
- GUERRIER Claudine, « Les cartes d'identité et la biométrie: l'enjeu sécuritaire », *CCE*, mai 2004, pp. 19-23.
- GUILLAUME Johanna, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge », in *Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012, pp. 295-310.
- HAMMJE Petra, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP*, janvier- mars 1997, pp. 1-31.
- HANOTIAU Bernard, « Les flux transfrontières de données et la problématique du droit international privé », in *La télématique, aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des Facultés de Notre-Dame de Namur, Story-scientia, Tome 2, pp. 175-193.
- HAURIOU Maurice, « L'Institution et le droit statutaire », in *Recueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>ème</sup> série, T. 11, 1906, pp. 134-182.
- HAURIOU Maurice, « Police juridique et fond du droit », *RTDCiv.*, 1926, pp. 265-312.
- HAURIOU Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », 1925, in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, réimp. Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1986, pp. 89-128.
- HATZOPOULOS Vassilis, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout? », *RTDE*, 1998, pp. 191-236.
- HEINEMANN Andreas, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, 2004, pp. 293-

HERVIEU Nicolas, « Droits de l'homme et libertés économiques devant les juges européens: l'illusion d'une harmonie », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 215-228.

HIRSHLEIFER Jack, « The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity », *The American Economic Review*, Vol. 61, No. 4 (Sept., 1971), pp. 561-574.

HOLLEAUX André, « Les nouveaux aspects de l'information de l'Administration », *RISA*, 1972, pp. 393-408.

HONDIUS W. Fritz, « Data Law in Europe », *Stanford Journal of International Law*, 1980, pp. 87-111.

HUET Jérôme, « La problématique juridique du commerce électronique », *RJCom*, 2001, n° spécial, pp. 17-30.

IDOT Laurence, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, n°2, pp. 321-341.

IDOT Laurence, « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence. Le contrôle des concentrations », *RIDE*, 2002, n° 2-3, pp. 175-205.

IVAINER Théodore, « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », *JCP*, 1972, I, 2495.

JACQUÉ Jean-Paul, « Techniques et contenu de la collaboration internationale », Société française pour le droit international, actes du colloque de la SFDI sur le thème « La circulation des informations et le droit international », Strasbourg, juin 1977. Pedone, Paris, 1978, pp. 109-141.

JACQUÉ Jean-Paul, « La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel », *AFDI*, 1980, pp. 773-789.

JACQUÉ Jean-Paul, « Droit international public et informatique », in *Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983, pp. 125-130.

JACQUÉ Jean-Paul, « Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice », *RTDE*, avril-juin 2014, pp. 283-288.

JACQUET Jean-Michel, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI*, 1985, n°2, pp. 327-405.

JEAMMEAUD Antoine, « La réception de l'innovation technologique en droit du travail », in CERCRID, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet-Saint Étienne, 1989, pp. 87-107.

JEGOUZO Yves, « Le droit à la transparence administrative », *EDCE*, 1992, n° 43, La Documentation française, pp. 199-216.

JOHNSON Jean, « Brazilian Informatics Policy: What Price Sovereignty », *Fletcher Forum*, Vol. 9, Issue 2 (Summer 1985), pp. 431-446.

JOUANJAN Olivier, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 20 juillet/20 août 1998, n° spécial, p. 44-51.

KARILA DE VAN Juliana, « Le droit de nuire », *RTDCiv.*, juillet-septembre 1995, pp. 533-558.

KARYDIS Georges, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, janvier-mars 2002, pp. 1-26.

KAUFF-GAZIN Fabienne, « Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne: un bilan contrasté », *Europe*, 2008, pp. 37-42.

KAUFF-GAZIN Fabienne, in MICHEL Valérie (dir.), « L'espace de liberté, sécurité et de justice: un laboratoire de la cohérence », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, 2009, pp. 291-307.

KAUFF-GAZIN Fabienne, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation? A propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », *Europe*, juillet 2010, pp. 12-16.

KAZANSKY Paul, « Théorie de l'administration internationale », *RGDIP*, 1902, pp. 353-367.

KENFACK Hugues, « Bref retour sur l'esprit de liberté du droit du commerce international », in *Libre droit*, Mélanges offerts à Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2007, pp. 541-561.

KHDIR Moncef, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *Rec. Dalloz*, 1994, chronique, pp. 30-33.

KLEBES-PELISSIER Anne, « Internet et la liberté d'expression – A propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis Reno v. American Civil Liberties Union (A.C.L.U.) du 26 juin 1997 », *RUDH*, 1998, pp. 393-401.

KLEIN Pierre, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI*, 2007, pp. 43-64.

KNAPP Blaise, « La protection des données personnelles: droit public suisse », *RIDC*, Vol. 39, n°3, Juillet-septembre 1987, pp. 581-605.

KOUBI Geneviève, « L'épithète « sensible », anicroche juridique », in CURAPP, « Questions sensibles », PUF, 1998, pp. 17-38.

KOUBI Geneviève, « Les données à caractère personnel, outil des services de renseignement », *JCP A*, 2009, n° 46, pp. 30-34.

KOUBI Geneviève, « Aménagement numérique des territoires: la mise en œuvre d'un programme national sans relief », *JCP/La semaine juridique – Édition Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 38, pp. 11-14.

LABAYLE Henri et MEHDI Rostane, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme », *RTDE*, n° 45(2), avril-juin 2009, pp. 231-265.

LABOUZ Marie-Françoise, « Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les États-Unis, in SAULNIER-CASSIA Emmanuelle (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, LGDJ-Lextenso Editions, 2014, pp. 265-275.

LAFARGE François, « Les catégories du droit de la police administrative », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, pp. 705-719.

LARRALDE Jean-Manuel, « La constitutionnalisation de l'ordre public », in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, pp. 213-245.

LATOUR Xavier, « Le droit communautaire et la protection des données à caractère personnel dans le commerce électronique », *LPA*, 6 février 2004, n° 27, pp. 9-16.

LATOURNERIE Roger, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, pp. 61-159.

LAVENUE Jean-Jacques, « Internationalisation ou américanisation du droit public : l'exemple paradoxal du droit du cyberspace confronté à la notion d'ordre public », *Lex electronica*, vol. 11, n°

2, Automne 2006, <http://www.lex-electronica.org>

LAVENUE Jean-Jacques, « Interopérabilité internationale, interconnexion des fichiers et protection des libertés: interrogation sur le devenir des données transférées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », in CHATILLON Georges (dir.), *Droit de l'administration électronique*, Bruylant, 2011, pp. 413-436.

LAVILLE Jean-Louis, « Politique de l'informatique et intérêt général », in CURAPP, « Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général », Volume 1, 1978, pp. 207-217.

LEBRETON Gilles, « Liberté », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Quadrige/PUF, octobre 2008, pp. 619-622.

LEBRETON Gilles, « Ordre public », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (sous la direction collective de), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Quadrige/PUF, octobre 2008, pp. 717-719.

LECLERCQ Pierre, « Loi du 6 août 2004. Les transferts internationaux de données personnelles », *CCE*, février 2005, pp. 29-32.

LE CLAINCHE Julien, « L'évolution du contrôle des interconnexions de fichiers publics », *Légicom*, n° 47, 2011/2, pp. 65-72.

LECLERCQ Pierre, KHALIL Lionel, « La confiance est-elle enfin possible dans les moyens de paiement en ligne? », *CCE*, décembre 2004, pp. 10-14.

LEGRAND Jacky, « Aide à la décision: fragmentation ou dissolution de l'arbitraire? », in *Le droit, l'informatique et l'arbitraire*, Actes du colloque d'EPICURE du Jeudi 7 décembre 1989, Publications de la Sorbonne, 1991, pp. 29-43.

LE MENTEC Franck, « Coopération fiscale internationale: quels droits pour les contribuables? », in *La nouvelle coopération fiscale internationale*, actes du colloque organisé le 15 juin 2010 par l'École de droit de la Sorbonne sous la direction des professeurs Bernard CASTAGNEDE et Daniel GUTMANN, *Revue de droit fiscal*, n° 42-43, 21 octobre 2010, pp. 15-18.

LENOIR Christian et WALLON Bertrand, « Informatique, travail et libertés », *DS*, 1988, n° 3, pp. 213-241.

LENOIR Noëlle, « Informatique et libertés », *Déviante et société*, 1984 - Vol. 8 – N°3, pp. 309-313.

LEPAGE Agathe, « Internet, Territoires et État : le franchissement dématérialisé des frontières », *Revue générale des collectivités territoriales*, numéro spécial, novembre 2002, pp. 47-51.

LEPAGE Agathe, « Consentement et protection des données à caractère personnel », in GIROT Jean-Luc (dir.), *Le harcèlement numérique*, Dalloz, 2005, pp. 227-251.

LEPAGE Agathe, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *DS*, avril 2006, pp. 364-377.

LEPAGE Agathe, « L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité? », *Gaz. Pal.*, Recueil mai-juin 2007, pp. 1497-1500.

LEPAGE Agathe, MARINO Laure, BIGOT Christophe, « Droits de la personnalité », juillet 2006-juillet 2007, *Rec. Dalloz*, 2007, n° 39, pp. 2771-2779.

LEQUETTE Yves, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 14<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2008, pp. 99-123.

LEQUETTE Yves, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in CABRILLAC Rémy,

- FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, pp. 103-128.
- LEROYER Anne-Marie, « La notion d'état des personnes », *in Rupture, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, pp. 247-283.
- LE TOURNEAU Philippe, « Pot pourri (réflexions incongrues autour de l'informatique et de l'internet) », *CCE*, janvier 2004, pp. 11-14.
- LETTERON Roseline, « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, n° 11, janvier-février 1995, pp. 183-202.
- LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *RDP*, mars-avril 1996, n° 2, pp. 385-424.
- L'HEUILLET Hélène, « La généalogie de la police », *Cultures & Conflits*, n°48, hiver 2002, pp. 109-132.
- LIGNEAU Philippe, « Le procédé de la déclaration préalable », *RDP*, 1976, pp. 679-748.
- LIGNEUL Nicolas, « Droit international de la concurrence: plaidoyer pour une approche intégrée et progressive », *RMCUE*, n° 430, juillet-août 1999, pp. 458-463.
- LINHARDT Dominique, « La « Question informationnelle », éléments pour une sociologie politique des fichiers de police et de population en Allemagne et en France (années 1970 et 1980) », *Déviance et Société*, 2005/3 Vol. 29, pp. 259-272.
- LOISEAU Grégoire, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP/ La semaine juridique – édition sociale*, n° 3, janvier 2009, pp. 14-19.
- LOISEAU Grégoire, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *CCE*, juillet-août 2012, pp. 30-32.
- LOKIEC Pascal, « La décision et le droit privé », *Rec. Dalloz*, 2008, n° 33, pp. 2293-2299.
- LOMBARD Martine, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 530-540.
- LONGOBARDI Nino, « Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif (suite et fin) », *LPA*, 31 août 1999, n° 173, pp. 10-15.
- LOQUIN Éric, « Sécurité juridique et relations commerciales internationales », *in* BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 467-493.
- LYON-CAEN Antoine, « Propositions pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », *in* LYON-CAEN Antoine et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, pp. 87-99.
- MAHMOUD Mohamed Salah Mohamed, « Mondialisation et souveraineté de l'État », *in Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Litec, 2006, pp. 557-597.
- MAIANI Francesco, « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne », *RTDE* 38 (2), avril-juin 2002, pp. 283-309.
- MAISL Herbert, « La maîtrise d'une interdépendance. Commentaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *JCP*, 1978, I, 2891.
- MAISL Herbert, « Une nouvelle liberté publique: la liberté d'accès aux documents administratifs », *in Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard CHARLIER*, Éditions de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 831-843.

MAISL Herbert, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit public », *JCP*, 1983, I, 3101.

MAISL Herbert, « Informatique et libertés publiques », in *Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983, pp. 113-123.

MAISL Herbert, « La commercialisation des données administratives », *AJDA*, 1988, pp. 637-642.

MAISL Herbert, « État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *RIDC*, 3-1987, pp. 559-580.

MAISL Herbert, « Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale? », in COLLIARD Claude-Albert et TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, pp. 75-89.

MAISL Herbert, « La loi « informatique et liberté » amputée d'un article », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1988, n° 2, pp. 71-72.

MAISL Herbert, « De l'administration cloisonnée à l'administration en réseau: fin de la vie privée et/ou satisfaction de l'utilisateur? », in CHATILLON Georges et DU MARAIS Bertrand (dir.), *L'administration électronique au service des citoyens*, Actes du colloque du Conseil d'État et de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 21 et 22 janvier 2002, Bruylant, 2003, pp. 349-359.

MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, « La loi du 29 juillet 1982 sur l'audiovisuel et ses effets sur la télématique », in *Télématique et communication : un nouveau droit?*, Actes des Troisièmes Entretiens de Nanterre de Droit de l'Informatique organisés le 20 octobre 1983 par l'Université de Paris X, Economica, 1985, pp. 1-18.

MAISL Herbert et DU MARAIS Bertrand, « Introduction », *RFAP*, n° 110, 2004, p. 211.

MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, « La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privée », *AJDA*, 29 novembre 2004, p. 2269-2273.

MALAURIE Philippe, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, pp. 669-686.

MALLET-POUJOL Nathalie, « Les traitements de données personnelles aux fins de journalisme », *Légicom*, n° 43, 2009/2, pp. 69-81.

MARABUTO Paul, « La coopération Policière Internationale », *RA*, mai-juin 1949, pp. 246-254.

MARCOU Gérard, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, pp. 347-353.

MARCOU Gérard, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in REVET Thierry et VIDAL Laurent, *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009, pp. 79-103.

MARIA Ingrid, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP/La Semaine Juridique –Édition générale*, n° 23-24, 3 juin 2009, I 149, pp. 17-21.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées », note sous CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, S. et Marper c/ Royaume Uni), *RSC*, janvier/mars 2009, n°1, pp. 182-185.

MARIATTE Flavien, « La sécurité intérieure des États-Unis... ne relève pas des compétences externes des Communautés », *Europe*, juillet 2006, pp. 4-8.

MARINO Laure, « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, Recueil mai-juin 2007, pp. 1477-1483.

MARINO Laure, « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *Rec. Dalloz*, 2009, n° 30, pp. 2045-2046.

MARINO Laure, « Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise », *RTDCom*, janvier/mars 2011, pp. 1-10.

MARINO Laure et PERRAY Romain, « Les nouveaux défis du droit des personnes: la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD Judith (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ – Lextenso éditions, 2010. pp. 55-70.

MAROT Pierre-Yves, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *Actualité juridique Pénal*, 2007, pp. 61-64.

MARTIAL-BRAZ Nathalie, ROCHFELD Judith, GATTONE Emilie, « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? Les enjeux de l'élaboration chaotique du règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *Rec. Dalloz*, 2013, pp. 2788- 2794.

MARTIN Pierre-Marie, « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », *AJDA*, octobre 1975, pp. 436-447.

MARTIN Henri et SOUPIZET Jean-François, « La société de l'information et les pays en développement: contribution de l'Union européenne », *RMCE*, n° 420, juillet-août 1998, pp. 442-446.

MASCLET Jean-Claude, « La loi sur les entreprises de presse », *AJDA*, 1984, pp. 644-665.

MATHEY Nicolas, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTDCiv*, avril/juin 2008, n° 2, pp. 205-228.

MATHIEU Bertrand, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'homme », *Rec. Dalloz*, 1995, pp. 211-212.

MATUTANO Edwin, Réflexions sur la légalité du recensement de la population en Nouvelle-Calédonie, *DA*, août-septembre 2010, pp. 13-17.

MAXWELL J. Winston, JACQUIER Sarah et ZEGGANE Thomas, « Publicité ciblée et protection du consommateur en France, en Europe et aux États-Unis », *CCE*, n° 6, juin 2008, pp. 18-23.

MEHL Lucien, « La cybernétique et l'administration », *RA*, juillet-août 1957, pp. 410-419.

MEHL Lucien, « La cybernétique et l'administration II: les applications de la conception cybernétique de l'administration », *RA*, septembre-octobre 1958, pp. 539-545.

MEHL Lucien, « La cybernétique et l'administration IV: L'adaptation de l'administration à ses fonctions », *RA*, mars-avril 1959, pp. 201-205.

MEHL Lucien, « La cybernétique et l'administration V: Les applications de la conception cybernétique de l'administration », *RA*, septembre-octobre 1959, pp. 531-544.

MELLERAY Fabrice, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 17 janvier 2005, pp. 71-76.

MERTENS DE WILMARS Josse, « Avant propos », in CELIM, *Droit communautaire et liberté des flux transfrontières*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1988, pp. 3-8.

MESTRE Jacques, Les conflits de loi relatifs à la protection de la vie privée, Études offertes à Pierre Kayser, tome II, PUAM, 1979.

MEYER Emmanuel, « Acte réglementaire autorisant la création d'un traitement de données à

caractère personnel et formalité préalable auprès de la CNIL », *AJDA*, 23 novembre 2009, pp. 2155-2160.

MEYER-HEINE Anne, « Droit constitutionnel et droit communautaire. Le droit constitutionnel français, instrument de remise en cause de la proposition de directive communautaire relative à « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel » », *RFDC*, 1995, n° 23, pp. 637-649.

MIAILLE Michel, « Le contrôle démocratique des innovations technologiques », in CERCRID, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet -Saint Étienne, 1989, pp. 23-37.

MIAILLE Michel, « La régulation dans les manuels de droit administratif », in *Penser la science administrative dans la post-modernité, Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, pp. 467-480.

MILLET François-Xavier, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, mars-avril 2012, pp. 307-317.

MOAL-NUYTS Carole, « Le transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis conformément au droit européen », *RTDE*, juillet-septembre 2002, n° 38(3), pp. 451-470.

MOINY Yves, « Aperçu de la jurisprudence communautaire développée dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international », *RDUE*, 1/2009, pp. 31-54.

MOLFESSIS Nicolas, « Le titre des lois », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Études offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, pp. 47-72.

MOLE Ariane, « Au-delà de la loi informatique et libertés », *DS*, juin 1992, n° 6, pp. 603-611.

MOLE Ariane, « Le nouveau droit des flux transfrontières des données personnelles », *DS*, 2004, n° 12, p. 1072-1076.

MORAND Charles-Albert, « Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations », in MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, pp. 81-105.

MOREAU Jacques, « Police administrative et police judiciaire. Recherche d'un critère de distinction », *AJDA*, février 1963, pp. 68-83.

MOREL-MAROGER Juliette, « La protection des données personnelles des clients des banques: bilan et perspectives », *RDBF*, mars-avril 2011, pp. 7-16.

MOURGEON Jacques, « Autour d'un récent arrêt du Conseil d'Etat : vers une liberté publique de l'expression cinématographique ? », *Gaz. Pal.*, 1975, doctrine, pp. 350-351.

MOVIUS Lauren B. et KRUP Nathalie, « U.S. and EU privacy policy: comparison of regulatory approaches », *International Journal of Communication*, 2009, n° 3, pp. 169-187.

M'SAÏDIE Thomas, « La déclaration préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA*, 11 mars 2013, n° 9/2013, pp. 514-521.

MUIR-WATT Horatia, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de loi ?) », *APD*, n° 41, 1997, pp. 207-214.

MUIR-WATT Horatia, Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale, in *Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012, pp. 459-479.

MULLER Pierre, « Référentiel », in BOUSSAGUET Laurie, JACQUOT Sophie, RAVINET Pauline (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3<sup>ème</sup> édition, Presses de Science Po, 2010, collection

références, pp. 555-562.

NEGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *RCADI*, 1935, Tome I, pp. 583-689.

NEIRINCK Claire, « Les caractères de l'état civil », in NEIRINCK Claire (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Droit et société, n° 47, LGDJ, 2008, pp. 41-54.

NEUMEYER Karl, « Le droit administratif international », *RGDIP*, Tome XVIII, 1911, pp. 492-499.

NIBOYET Jean-Paulin, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, I, pp. 1-116.

NORODOM Anne-Thida, « Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », in *Internet et le droit international*, actes du 47<sup>ème</sup> colloque de la SFDI, Pedone, 2014, pp. 11-35.

NUYTS Arnaud, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP*, 1999, n° 1, pp. 31-74.

OBERDORFF Henri, « Quelle intervention du droit? », in CERCRID, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet -Saint Étienne, 1989, pp. 9-21.

OBERDORFF Henri, « Le droit, la démocratie et la maîtrise sociale des technologies », *RDP*, 1992, pp. 983-1003.

OBERDORFF Henri, « Une communauté administrative pour l'Europe ou l'administration en réseau », *PMP*, Volume 15, n° 3, septembre 1997, pp. 1-11.

OBERDORFF Henri, « Les libertés de communication électronique dans l'espace national et européen », in POTVIN-SOLIS Laurence (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012.

OLIVIER Jean-Michel, « Les sources administratives du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Association Henri Capitant, Tome I, Lille, 1996, pp. 109-140.

ORSONI Gérard, « La coopération des administrations fiscales », *LPA*, 15 mai 2002, n° 97, pp. 50-53.

OST François, « Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, pp. 5-36.

PADOVA Yann et LEBEAU-MARIANNA Denise, « Entre droit des données personnelles et liberté d'expression, quelle place pour les moteurs de recherche ? », *RLDI*, n°90, février 2013, pp. 67-79.

PASTOREL Jean-Paul, « De la police administrative des activités culturelles », *RDP*, 2005, n° 2, pp. 395-425.

PELLET Rémy, « La vidéo-surveillance et l'application de la loi « informatique et libertés » (première partie), *RA*, n° 284, 1995, pp. 142-151.

PELLET Rémy, « La vidéo-surveillance et l'application de la loi « informatique et libertés » (deuxième partie), *RA*, n° 285, 1995, pp. 245-254.

PERRAY Romain, « Fascicule 274 : Informatique – Traitements de données à caractère personnel », *Jurisclasseur administratif*, 2008.

PERRAY Romain, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL ? », *RLDI*, janvier 2008, n° 34, pp. 82-85.

PERRIN Stéphane, « Quel cadre juridique pour de futurs accords « PNR » après le traité de Lisbonne? », in FLAESCH-MOUGIN Catherine, *Union européenne et sécurité: aspects internes et*

externes, Bruylant, 2009, pp. 163-182.

PETER Bertrand, « La base juridique des actes en droit communautaire », *RMCUE*, 1994, pp. 324-333.

PETIT Jacques, « La police administrative », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, Yolka Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, 2011, pp. 5-44.

PEYROU-PISTOULEY Sylvie, « L'affaire Marper c/ Royaume-Uni, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, juillet-août 2009, pp. 741-757.

PEYROU Sylvie, « Droits fondamentaux *versus* diplomatie, ou le pot de terre contre le pot de fer : réflexions sur la conclusion de l'accord PNR entre les États-Unis et l'Union européenne », *Europe*, juillet 2012, pp. 5-9.

PEZ Thomas, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, 2014, n°2, pp. 358-378.

PIATTI Marie-Christine, « Avant propos », in PIATTI Marie-Christine (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, PUL, 2001, pp. 5-14.

PICARD Étienne, « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *RSC*, 1993, pp. 275-310.

PICARD Étienne, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, numéro spécial, pp. 55-75.

PICARD Étienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 20 juillet/20 Août 1998, n° spécial, pp. 6-42.

PICARD Étienne, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, pp. 17-61.

PICHERAL Caroline « Ordre public européen », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Quadriège/PUF, octobre 2008, pp. 719-722.

PILLET Antoine, « Recherche sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », *RGDIP*, 1898, n°5, pp. 66-89.

PIROVANO Antoine, « La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de Josserand », *Rec. Dalloz Sirey*, 1972, Chron., pp. 67-70.

PIVETEAU Denis, « Le droit d'accès aux documents administratifs est-il une garantie fondamentale pour « l'exercice des libertés publiques » au sens de l'article 34 de la Constitution? », conclusions sous CE 29 avril 2002, Ullman, *RFDA*, janvier-février 2003, pp. 135-140.

POILLOT-PERUZETTO Sylvaine, « Ordre public et droit communautaire », *Rec. Dalloz*, 1993, chronique, p. 177-182.

POIRAT Florence, « La doctrine des « droits fondamentaux » de l'État », *Droits*, 1992, n° 16, pp. 83-91.

POLLAK Michael, « La régulation technologique: le difficile mariage entre le droit et la technologie », *RFSP*, Volume 32, n° 2, avril 1982, pp. 165-184.

PONTHOREAU Marie-Claire, « La protection des personnes contre les abus de l'informatique ; à propos de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé », *RFDA*, 12(4), juillet-août 1996, pp. 796-808.

PONTHOREAU Marie-Claire, « La directive 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *RFDA*, 1997, pp. 125-138.

PONTIER Jean-Marie, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 6 octobre 2003, pp. 1752-1761.

POTVIN-SOLIS Laurence, La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnels dans les jurisprudences européennes, *RTDH*, 2009, n° 80, pp. 967-1005.

POSNER A. Richard, « The right of privacy », *Georgia Law Review*, Vol. 12, Spring 1978, n°3, pp. 393-422.

POSNER A. Richard, « An economic theory of privacy », *Regulation*, may/june 1978, pp. 19-26.

POSNER A. Richard, « The Economics of Privacy », *American Economic Review*, Vol. 71, 1981, n° 2, pp. 402-409.,

POULLET Yves, « L'informatique menace-t-elle nos libertés? », in *La télématique, aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des Facultés de Notre-Dame de Namur, Story-scientia, Tome 1, pp. 191-208.

POULLET Yves, « Le fondement du droit à la protection des données nominatives: « propriétés ou libertés » », in *Nouvelles technologies et propriété*, actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Thémis-Litec, 1991, pp.175-205.

POULLET Yves, « Vers la confiance: vues de Bruxelles: un droit européen de l'internet? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace », in *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 133-176.

POULLET Yves, « Pour une justification des articles 25 et 26 de la directive européenne 95/46 CE en matière de flux transfrontières et de protection des données », *CCE*, décembre 2003, pp. 9-21.

POULLET Yves, « La protection des données : entre libertés, droits subjectifs et intérêts légitimes », in *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Liber amicorum Paul Martens, Larcier, 2007, pp.133-150.

POULLET Yves, « Pour une troisième génération de réglementation de protection des données », in VERONICA Marie et PALAZZI Pablo (coord.), in *Défis du droit à la protection de la vie privée – Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°31, Bruylant, 2008, pp. 25-70.

POULLET Yves, « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties? », *Légicom*, n° 42, 2009/1, pp. 47-69.

POULLET Yves et ROUVROY Antoinette, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in *État de droit et virtualité*, Éditions Karim BENYEKHLEF et Pierre TRUDEL, Thémis, Montréal, 2009, pp. 157-222.

PRADEL Jean, « L'information personnelle: entre le commerce et les libertés » in *Le droit de la communicative*, actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, Éditions Thémis-Université de Montréal- Litec, 1992, pp. 23-42.

PROUST Olivier et BARTOLI Emmanuelle, « Les « Binding Corporate Rules »: une solution globale pour les transferts internationaux », *RLDI*, n° 74, août-septembre 2011, pp. 97-102.

PRÜM André, « Bataille politique autour de SWIFT: la lutte contre le terrorisme doit compter avec

le respect de la vie privée », *RDBF*, mai-juin 2010, pp. 3-4.

PUCCINELLI Oscar Raul, « Aputes sobre la evolucion normativa y el desarrollo conceptual de los derechos « de » y « a » la proteccion de datos », in *Défis du droit à la protection de la vie privée – Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°31, Bruylant, 2008, pp. 99-130.

QUILLATRE Élisabeth, « Libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur et de l'ELSJ et nouveaux outils de régulation: perspective internationale », in BERGÉ Jean-Sylvestre et OMARJEE Ismaël (coord.), chronique de droit européen et comparé n° XXIX, *LPA*, 3 février 2011, n° 24, pp. 10-14.

QUILLERÉ-MAJZOUB Fabienne, « Les individus face aux systèmes d'information de l'UE: l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen? », *JDI-Clunet*, juillet-août-septembre 2005, n° 3, pp.609-635.

RACINE Jean-Baptiste, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éditions Frison-Roche, 2003, pp. 419-449.

RACINE Jean-Baptiste, « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010/1, t. XXIV, 1, pp. 61-79.

RACINE Jean-Baptiste, « Table ronde n°1 – La nécessité de reconstruire des hiérarchies entre les droits fondamentaux », in COLLART DUTILLEUL François et RIEM Fabrice (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 131-149.

RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, « Sécurité juridique et droit économique – Propos introductifs », in BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice(coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 5-21.

RAPP Lucien, « Les accords du GATT et les activités de télécommunications », in *La réorganisation mondiale des échanges*, SFDI, Colloque de Nice, Pedone, 1996, pp. 153-162.

RASMUSEN Éric, « Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality », *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, Vol. 39, No. 2 (Oct., 1996), pp. 519-543.

RAY Jean-Emmanuel, « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », *DS*, février 1993, n° 2, pp. 103-114.

RAYMOND Guy, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats-Concurrence-Consommation*, mars 2008, pp. 8-15.

RAYNAUD Julien, « Informatique et données à caractère personnel », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Quadrige/PUF, 2008, pp. 523-528.

REGNIER Tiphaine, « Les droits de l'homme devant le juge de l'OMC », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 161-175.

REIDENBERG R. Joël, « The privacy obstacle course: hurdling barriers to transnational financial services », *Fordham Law Review*, 1991-1992, Vol. 60, pp. 137-177.

REIDENBERG R. Joël, « Rules of the road for global electronic highways: merging the trade and technical paradigms », *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 6, Spring Issue, 1993, pp. 287-305.

REIDENBERG R. Joël, « E-commerce and trans-atlantic privacy », *Houston Law Review*, 2001, pp. 717-749.

RENARD Georges, « L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, 1934, rééd., Topos Verlag AG-Librairie Edouard Duchemin, 1977, pp. 77-91.

RETTNER Stéphane, « Juge administratif et droit de la consommation. Le contrôle des mesures administratives relatives à la conformité des produits et à la sécurité des consommateurs », *AJDA*, 2011, pp. 2047-2054.

RIDEAU Joël, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI*, Tome 265, pp. 1-480.

RIEM Fabrice, « Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques. Introduction », in COLLART DUTILLEUL François et RIEM Fabrice (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 13-30.

RIGAUX François, « La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *RCDIP*, 1980, pp. 443-478.

RIGAUX François, « L'élaboration d'un « right of privacy » par la jurisprudence américaine », *RIDC*, 1980, n°4, pp.701-730.

RIGAUX François, « Le régime des données informatisées en droit international privé », *JDI*, 1986, n° 2, pp. 311-328.

RIGAUX François, « Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l'espace européen », in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tome 2, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000, pp. 25-40.

RIGAUX Marie-Françoise, « La licéité des restrictions et des interventions préventives – quelques réflexions », *RTDH*, 1993, pp. 57-67.

RIVERO Jean, Existe-t-il un critère du droit administratif?, *RDP*, 1953, pp. 279-296.

RIVERO Jean, « Préface », in VENEZIA Jean-Claude, *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, 1958.

RIVERO Jean, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *DS*, 1982, pp. 421-424.

ROCHFELD Judith, « De la « confiance » du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », *LPA*, 16 février 2009, n° 33, pp. 7-11.

ROCHFELD Judith, « La contractualisation des obligations légales », in LEWKOWICZ Gregory et XIFARAS Mikhaïl (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, pp. 261-273.

ROCHFELD Judith, « La vie tracée ou le code civil doit-il protéger la présence numérique des personnes ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Lexis Nexis – Dalloz, 2012, pp. 619-638.

RODOTA Stefano, « Politique et perspectives de la protection des données », in *Au-delà de 1984: le droit et les technologies de l'information dans la société de demain*, Actes du quatorzième colloque de droit européen, Lisbonne, 26-28 septembre 1984, Strasbourg, 1985, pp. 13-41.

RODOTA Stefano, « Data Protection as a Fundamental Right », in GUTWIRTH Serge, POULLET Yves, DE HERT Paul, DE TERWANGNE Cécile, NOUWT Sjaak, *Reinventing Data Protection?*, Springer, 2009, pp. 77-82.

ROMAN Diane, « A corps défendant », La protection de l'individu contre lui-même, *Rec. Dalloz*, 2007, n° 19, pp. 1284-1293.

ROSCAM ABBING Henriette, « Santé, droits de l'homme et droit de la santé : vers une

- internationalisation, en particulier dans le contexte européen », *RILS*, 1998, vol. 49, pp. 99-110.
- ROSEN Jeffrey, « The right to be forgotten », *Stanford Law Review*, Vol. 64, 2012, pp. 88-92.
- ROSENFELD Emmanuel, VEIL Jean, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, 2008, n° 128, pp. 61-73.
- ROUDIL Albert, « Le droit du travail au regard de l'informatisation », *DS*, 1981, n° 4, pp. 307-319.
- ROUHETTE Georges, « L'article premier des lois », in MOLFESSIS Nicolas (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, pp. 37-54.
- ROUSSEL Gildas, « Violation de l'article 8 de la Convention EDH par le fichage illimité des suspects », *A.J. Pénal*, n°2 2009, février 2009, pp. 81-82.
- ROUVROY Antoinette, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information? », in *La protection de l'individu numérisé*, Actes du Colloque Asphalès, 22 et 23 novembre 2007, Paris, L'harmattan, 2008, pp. 249-278.
- ROUYERE Aude, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes: quelle signification? », *RFDA*, septembre-octobre 2010, pp. 887-895.
- ROUX André, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, mai-juin 1992, pp. 435-452.
- RUIZ FABRI Hélène, « Immatériel, territorialité et État », *APD*, n° 43, 1999, pp. 187-212.
- RUIZ FABRI Hélène, « L'ordre public en droit international », in REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Droit et justice n° 29, 2001, pp. 85-108.
- SABOURIN Paul, « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle? », *AJDA* 1983, pp. 275-295.
- SAINT-AMANS Pascal, « La transparence et l'échange d'informations en matière fiscale: la longue marche de l'OCDE », *RDF*, n° 14, 8 avril 2010, pp. 7-13.
- SARGOS Pierre, « L'homme n'est pas une île », *DS*, janvier 2004, n° 1, pp. 86-89.
- SAURET Jacques, « Efficacité de l'administration et service à l'administré: les enjeux de l'administration électronique », *RFAP*, 2004/2, n° 110, pp. 279-295.
- SAVY Robert, « La protection des consommateurs en droit français », *RIDC*, vol. 26, n° 3, juillet-septembre 1974, pp. 591-625.
- SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, « Le modèle de l'« administration composée » et le rôle du droit administratif européen », *RFDA*, novembre -décembre 2006, pp. 1246-1255.
- SCHNÄBELE Philippe et BEAUVAIS François, « Réforme de l'État et téléprocédures », *AJDA*, 2001, pp. 608-616.
- SCHNUR Roman, « L'influence du Doyen Maurice Hauriou dans les pays germaniques », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Journées Hauriou à Toulouse en mars 1968, Extrait des annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Pedone, 1969, pp. 255-270.
- SCHWARTZ M. Paul, Property, « Privacy and Personal Data, *Harvard Law Review* », Vol. 117, n° 7 (May, 2004), pp. 2056-2128.
- SENAC Charles-Edouard, « Le droit à l'oubli en droit public », *RDP*, n° 4-2012, pp. 1156-1170.

- SENDRA Anne, « Informatique et Libertés: que change la réforme du 6 août 2004? », in GIROT Jean-Luc (dir.), *Le harcèlement numérique*, Dalloz, 2005, pp. 187-207.
- SIMITIS Spiros, « Quatre hypothèses et quatre dilemmes – Quelques propos sur l'état actuel de la protection des données personnelles des salariés », *DS*, n° 1, janvier 2002, pp. 88-92.
- SIMON Denys, « La révolution numérique du juge de l'Union: les premiers pas de la cybergénéralité », *Europe*, juillet 2014, pp. 4-9.
- STARCK Boris, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTDCiv.*, 1958, pp. 475-515.
- STERN Brigitte, « L'extraterritorialité revisitée », *AFDI*, XXXVIII, 1992, pp. 239-313.
- STIGLER J. George, « An Introduction to Privacy in Economics and Politics », *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 4, *The Law and Economics of Privacy* (Dec.,1980), pp. 623-644 .
- STIRLING-BELIN Florence, « Traçabilité, liberté de circulation et Union européenne », *RRJ*, 2005-1, pp. 409-432.
- STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTDCom*, Octobre/décembre 2012, pp. 705-720.
- STRICKLER Yves, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 octobre 2004, n° 213, pp. 6-10.
- SUDRE Frédéric, « Existe-t-il un ordre public européen? », in TAVERNIER Paul (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 39-80.
- SUDRE Frédéric, « L'ordre public européen », in REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Droit et justice n° 29, 2001, pp.109-131.
- SUDRE Frédéric, « Le recours aux « notions autonomes » », *Droit et justice* n° 21, 1998, pp. 93 – 131.
- SUDRE Frédéric, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, n° 28, 11 juillet 2001, I 335, pp. 1365-1368.
- SUPIOT Alain, « Travail, droit et technique », *DS*, janvier 2002, p. 13.
- SUR Serge, « Vers un nouvel ordre mondial de l'information et de la communication », *AFDI*, 1981, pp. 45-64.
- TAXIL Béangère, « Internet et l'exercice de droits fondamentaux », in *Internet et le droit international*, actes du 47<sup>ème</sup> colloque de la SFDI, Pedone, 2014, pp. 115-132.
- TCHEN Vincent, « Fasc. 200: Police administrative - Théorie générale », *Jurisclasseur administratif*, 2007.
- TCHEN Vincent, « L'impact du droit communautaire sur la police administrative », in AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 997-1016.
- TCHIKAYA Blaise, « La première conférence mondiale pour le développement des télécommunications – La transcription juridique du développement au sein de l'U.I.T. », *RGDIP*, 1995, n°5, pp. 77-93.
- TEITGEN-COLLY Catherine, « Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution », in COLLIARD Claude-Albert et TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, pp. 21-73.

TEITGEN-COLLY Catherine, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, janvier-février, pp. 153-261.

TEITGEN-COLLY Catherine, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011/3, n° 139, pp. 409-420.

TEYSSIÉ Bernard, « Épilogue: sur le droit, l'intérêt et la prospérité », in *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, Actes colloque Aix, PUAM, 1994, pp. 117-120.

THIBIERGE Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDCiv.*, Octobre/Décembre 2003, pp. 599-628.

THOMAS-SERTILLANGE Jean-Baptiste, « Libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur et de l'ELSJ et nouveaux outils de régulation: perspective européenne », in BERGE Jean-Sylvestre et OMARJEE Ismaël (coord.), chronique de droit européen et comparé n° XXIX, *LPA*, 3 février 2011, n° 24, pp. 3-9.

THUILLIER Guy, « Autour d'Anatole France : le capitaine Mollin et l'affaire des fiches en 1904 », *RA*, novembre-décembre 1986, pp. 549-557.

THUILLIER Guy, « À propos de l'affaire des « fiches » Les mésaventures du Préfet Gaston Joliet en 1904 », *RA*, mars-avril 1994, pp. 133-136.

THUILLIER Guy, « À propos de l'affaire des fiches: le maintien du système des fiches de 1905 à 1914 », *RA*, janvier-février 1997, pp. 21-25.

TUOT Thierry, « La planète des sages » ,in *Notre État*, Robert Laffont, 2000, pp. 688-712.

TÜRK Pauline, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP*, 2013, n° 6, pp. 1489-1521.

TRICOT Bernard, « Droit et maîtrise de l'information », in *Informatique et développement régional*, Actes du colloque des 20 et 21 octobre 1977 tenu à Fontevraud, La Documentation française, 1978, pp. 58-61.

TOUCHENT Dahmène, « La mise en œuvre d'un système de badgeage par empreintes digitales dans l'entreprise », *JCP E*, n° 37, 15 septembre 2005, pp. 1503-1506.

TOUFFAIT Adolphe, « Libertés publiques et informatique », *Gaz. Pal.*, 9 août 1963, Doctrine, pp. 513-517.

TRUCHET Didier, « L'autorité de police est-elle libre d'agir ? », *AJDA*, 20 juillet/20 août 1999 spécial, pp. 81-82.

TRUCHET Didier, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux* : actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, pp. 299-316.

TRUDEL Pierre, « Renforcer la protection de la vie privée dans l'État en réseau: l'aire de partage des données personnelles », *RFAP*, n° 110, 2004, pp. 257-266.

TRUDEL Pierre, « Hypothèses sur l'évolution des concepts du droit de la protection des données personnelles dans l'État en réseau », in VERONICA Marie et PALAZZI Pablo (coord.), *Défis du droit à la protection de la vie privée – Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°31, Bruylant, 2008, pp. 531-558.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », note sous CEDH, grande chambre, Demir et Baykara c/ Turquie, 12 novembre 2008, *RTDH*, 2009, n° 79, pp. 811-849.

VERHOEVEN Joe, « Souveraineté et mondialisation: libre propos », in LOQUIN Éric et KESSEDJIAN

Catherine (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, volume 19, Litec, 2000, pp. 43-57.

VITALIS André, « L'exercice d'un pouvoir de régulation informatique et libertés et ses difficultés », in PIATTI Marie-Christine (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, PUL, 2001, pp. 143-151.

VIVANT Michel, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 43, 23 Octobre 1996, I 3969, pp. 401-407.

VIVANT Michel, « Informatique », *Répertoire international Dalloz*, 1998.

VIVANT Michel, « Internet », *Répertoire international Dalloz*, 2011.

WACHSMANN Anne, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, janvier 1993, pp. 1-5.

WACHSMANN Patrick, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, n°38, pp. 2138-2146.

WALINE Marcel, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, pp. 197-223.

WAQUET Philippe, « Les libertés dans l'entreprise », *RJS*, 2000, n° 5, pp. 335-345.

WAQUET Philippe, « La vie personnelle du salarié », *DS*, janvier 2004, n° 1, pp. 23-29.

WEHBERG Hans, « La police internationale », *RCADI*, 1934, II, Tome 48, pp. 7-132.

WEILL Pierre Alain, « État de la législation et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles en droit pénal français », *RIDC*, 1987, n° 3, pp. 655-674.

WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992, IV, Tome 237, pp. 1-369.

WINIARSKI Bohdan, « Principes généraux du droit fluvial international », *RCADI*, 1933, III, tome 45, pp. 79-215.

WOLTON Élise et GIROT Clarisse, Collecte déloyale de données à caractère personnel: panorama de décisions récentes de la CNIL, *RJDA*, n° 12/11, décembre 2011, pp. 939-943.

YARBROUGH L. Tanya, « Connecting the World: the Development of a Global Information Structure », *53 Fed. Comm. L.J.*, 2000-2001, pp. 315-341.

ZILLER Jacques, « L'autorité administrative dans l'Union européenne », in AZOULAI Loïc et BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, pp. 119-153.

ZILLER Jacques, « Introduction: les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen », in AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 235-265.

## **2) Chroniques, notes, commentaires, observations**

ALBERTI Enoch, BON Pierre, CAMBOT Pierre, REQUEJO PAGES Juan Luis, chronique de la jurisprudence constitutionnelle espagnole, *AJJC*, XVI, 2000, pp. 605-659.

AUBERT Michel, BROUSSY Emmanuelle, CASSAGNABERE Hervé, « Chronique de jurisprudence de la

CJUE », *AJDA*, 2014, n° 20, pp. 1147-1157.

BACQUET Alain, conclusions sous CE 1er février 1980, Ministre du Travail c/ Société « Peintures Corona », *DS*, 1980, n° 6, pp. 310-317.

BAZEX Michel, Observations sous CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films, *JCP*, 1976, II, 18395.

BELLOIR Philippe, note sous Cass. Crim., 14 mars 2006, n° 05-83.423, F-P+F, *RLDI*, juin 2006, n° 17, pp. 28-30.

BERNARD Antoine, conclusions sous CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, *RDP*, 1959, pp. 1235-1243.

BIENVENU Jean-Jacques, note sous Décision n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 « Entreprises de presse », *AJDA*, 1984, pp. 684-692.

BOTTEGHI Damien et LALLET Alexandre, chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 18 octobre 2010, pp. 1930-1937.

BOUCHER Julien, conclusions sous CE, 30 décembre 2009, n° 206173, Sté Experian, *RJEP*, juin 2010, pp. 35-40.

BOYON Michèle et NAUWELAERS Michèle, note sous CE Ass. 13 février 1976, Deberon, *AJDA*, avril 1976, pp. 199-201.

BURGUBURU Julie, conclusions sous CE, 7 avril 2010, n° 309546 et 309547, Sté Infobail (deux espèces), *RJEP*, août-septembre 2010, pp. 24-30.

CAPRIOLI Éric, « L'adresse IP est une données à caractère personnel », note sous TGI, ord. Réf., 7 juillet 2014, M. c/ Crédit Lyonnais, *CCE*, octobre 2014, pp. 36-38.

CARON Christophe, observations sous Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ., 3 avril 2002, 99-19852 (n° 554 FS-P), *Rec. Dalloz*, 2003, n° 23, pp. 1543-1544.

CARON Christophe, observations sous Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> civ., 19 février 2004, 02-11.122 (n° 275 F-P+B), *Rec. Dalloz*, 2004, n° 23, p. 1633.

CASSIA Paul, note sous CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, *DA*, janvier 2005, pp. 29-31.

CHAUVAUX Didier et GIRARDOT Thierry-Xavier, commentaire sous CE Section 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon*, req. n° 159129, Chronique de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 20 février 1997, pp. 156-160.

COMBREXELLE Jean-Denis, conclusions sous CE, 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône Alpes Lyon*, *RFDA*, 1997, pp. 551-558.

DELABIE Lucie, note sous CE, 16 avril 2010, Association AIDES, req. n° 320196, *AJDA*, 11 octobre 2010, pp. 1878-1882.

DE LAUBADERE André, Chronique générale de législation, *AJDA*, mars 1978, pp. 145-151.

DONDOUX Philippe, conclusions sous CE, Assemblée, 12 mars 1982, n° 25173, Confédération générale du travail, *AJDA*, 1982, pp. 541-544.

DONNAT François, conclusions sous CE, 28 juillet 2004, n° 262851, Mechri, *AJDA*, 2004, n° 40, pp. 2228-2232.

DUBOS Olivier, chronique de droit administratif européen 2006, *DA*, mars 2008, pp. 10-18.

FRAYSSINET Jean, note sous TGI de Nantes 16 décembre 1985, *Rec. Sirey Dalloz*, 1986, pp. 471-476.

FRAYSSINET Jean, note sous CA Paris 1ere chambre A, 7 février 1994, Société Communication Media Services (CMS) c/ France Télécom, *JCP*, n° 13, 29 mars 1995, II 22403 pp. 114-119.

FRAYSSINET Jean, note sous TGI Privas, 3 septembre 1997, *LPA*, 11 novembre 1998, n° 135, pp. 19-29.

FRAYSSINET Jean, note sous TGI Paris, ord. réf., 3 mars 2008, X. c/ Note2be.com, *RLDI*, mai 2008, n° 38, pp. 30-36.

FROMONT Michel, « République fédérale d'Allemagne – Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1977 », *Chronique constitutionnelle étrangère*, *RDP*, novembre-décembre 1978, n°6, pp. 1549-1577.

FROMONT Michel, « République fédérale d'Allemagne – Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1978 », *RDP*, Janvier-février 1980, n°1, pp. 117-139.

FROMONT Michel, « République fédérale d'Allemagne – La jurisprudence constitutionnelle en 1982 et 1983 », *RDP*, Novembre-décembre 1984, pp. 1555-1598.

FROMONT Michel, « République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2000 et en 2001 », *Chronique étrangère*, *RDP*, 2002, n° 6, pp. 1813-1853.

FROMONT Michel, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2006) », *Chronique de jurisprudence*, *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1663-1693.

FROMONT Michel, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2008) », *Chronique de jurisprudence*, *RDP*, 2009, n° 6, pp. 1721-1752.

FROMONT Michel, « Le contrôle du respect du secret de la correspondance par une loi transposant une directive européenne », note sous Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 mars 2010, *RTDH*, 2010, n° 84, pp. 937-957.

FROMONT Michel, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2013 », *RDP*, 2014, n° 4, pp. 1115-1138.

GALLOUEDEC-GENUYS Françoise et MAISL Herbert, note sous CE, Ass., 13 février 1976, req. n° 97197, Sieur Deberon, *JCP*, 1976, II, 18383.

GAUTIER MARIE, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux: le droit international sous la surveillance de la CJCE », note sous CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec. Dalloz*, 2008, p. I-6351., *JCP G*, n° 45-46, 5 novembre 2008, pp. 36- 40.

GENEVOIS Bruno, conclusions sous CE, Section, 9 mai 1980, req. n° 10404, Société des établissements Cruse Fils et Frères, *AJDA*, 20 septembre 1980, pp. 482-485.

GRARD Loïc, « Transfert de données personnelles des passagers », commentaire sous Cons. UE, déc. n° 2007/551/PESC/JAI, 23 juillet 2007, relative à la signature au nom de l'Union européenne d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert des données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la Sécurité intérieure (DHS) (accord PNR 2007), *Revue de droit des transports*, n° 9, octobre 2007, pp. 33-34.

GUILLAUME Gilbert, conclusions sous CE, Ass., 13 février 1976, req. n° 97197, Sieur Deberon, *JCP*, 1976, II, 18383.

HAURIOU Maurice, note sous CE 28 juin 1918, Heyriès, Sirey 1922, IIIème partie, p. 49.

HEERS Mireille, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », Conclusions sur CAA Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake (2 espèces), *RFDA*, 1998, pp. 1231-1242.

IDOT Laurence, note sous CJCE 9 novembre 2000 Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc., *RCDIP*, janvier-mars 2001, pp. 107-120.

JACQUÉ Jean-Paul, note sous CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *RTDE*, n° 45(1), janvier-mars 2009, pp. 161-179.

KAUFF-GAZIN Fabienne, note sous CJUE, grande chambre, 29 juin 2010, aff. C-28/08 P, Commission c/ The Bavarian Lager Co Ltd, *Europe*, octobre 2010, pp. 12-13.

LE BOT Olivier, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », note sous CE, ord., 25 octobre 2007, n° 310125, Mme Y, *RFDA*, mars-avril 2008, pp. 328-336.

LEPAGE Agathe, « Quand la loi Sarbanes-Oxley rencontre le juge français », note sous TGI Libourne, réf., 15 septembre 2005, CE BSN Glasspack, Syndicat CGT c/ BSN Glasspack *CCE*, décembre 2005, pp. 37-40.

LEPAGE Agathe, « Collecte déloyale de données personnelles sur Internet », note sous Cass. Crim. 14 mars 2006, n° 05-83.423, F P+ F, *CCE*, n° 9, Septembre 2006, comm. 131, pp. 43-45.

LEPAGE Agathe, « Les professeurs notés sur Internet », note sous TGI Paris, ord. réf., 3 mars 2008, X. c/ Note2be.com, *CCE*, avril 2008, pp. 36-40.

LEPAGE Agathe, « Des rapports délicats entre la loi du 6 janvier 1978 et la liberté d'expression », note sous TGI Paris, réf., 12 octobre 2009, X., Sté L. & Com c/ J.-H. Z., *CCE*, février 2010, pp. 39-41.

LEPAGE Agathe, « Détournement de finalité de données à caractère personnel contenues dans le STIC », note sous CA Aix-en-Provence, 7ème ch., sect. A, 30 juin 2009: Jurisdata n° 2009-014406, *CCE*, pp. 33-35.

LEPAGE Agathe, « La géolocalisation devant la chambre sociale de la Cour de cassation », note sous Cass. Soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, FS-P+B+R+I, *CCE*, 2012, n° 3, pp. 35-37.

LEPAGE Agathe, « « Droit à l'oubli »: sanction de la CNIL », note sous CNIL, délib., n° 2011-238 de la formation restreinte, 12 juillet 2011, *CCE*, décembre 2011, pp. 31-33.

LETTERON Roseline, note sous CE, sect., 18 novembre 1992, n° 115367, 115397, 115881, 115886, 115905 à 115912 et 116455, Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres, *AJDA*, 20 mars 1993, pp. 213-218.

LIET-VEAUX Georges, « A propos de santé publique : polices générales et polices spéciales », note sous CE 17 Octobre 1952, *Syndicat climatique de Briançon, Sieurs Dominique et autres*, RA, 5<sup>ème</sup> année, n° 30, novembre-décembre 1952, pp. 591-600.

LOISEAU Grégoire, « La cession d'un fichier de clientèle informatisé n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL est illicite », note sous Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17.037, FS-P+B+I, X. c/ Société Bout-Chard, *CCE*, septembre 2013, p. 27.

MADIOT Yves, note sous CE 13 février 1976, Deberon, *Rec. Dalloz-Sirey*, 1976, pp. 569-573.

MAISL Herbert, note sous CE 26 juillet 1996 et CE janvier 1997, *Rec. Dalloz*, 1997, 18ème cahier, Jurisprudence, pp. 219-222.

MARINO Laure, « Vidéosurveillance au travail: le principe de proportionnalité mis en œuvre par la CNIL », note sous CNIL, délib. N° 2009-201 du 16 avril 2009, *Revue de droit du travail*, février 2010, pp. 108-109.

MICHEL Valérie, « La dimension externe de la protection des données à caractère personnel: acquiescement, perplexité et frustration », note sous CJCE, grande chambre, 30 mai 2006, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés

européennes, affaires jointes C-317/04 et C-318/04, *RTDE*, n°42(3), juillet-septembre 2006, pp.535-559.

MOLE Ariane et POTTIER Isabelle, note sous CA Paris, 7 févr. 1994, CMS c/ France Télécom, *Gaz. Pal.*, 1994, 2, pp. 492-498.

MUZNY Petr, « La notation des enseignants sur internet: être, ou plutôt ne pas être », note sous TGI de Paris (ord. Réf.) 3 mars 2008, n° 08-51650, Société Note2be, *Rec. Dalloz*, 2008, n° 16, pp. 1124-1127.

PIETTE-COUDOL Thierry, commentaire sous l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, *JORF* 9 décembre 2005, p. 18986, *DA*, février 2006, pp. 18-21.

RAIMBAULT Philippe, « L'accès aux documents administratifs consacré comme nouvelle garantie fondamentale », note sous CE 29 avril 2002, Ullman, *AJDA*, 9 septembre 2002, pp. 691-694.

ROCHFELD Judith, « Une source nouvelle en droit des contrats : la loi informatique et libertés », note sous Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17037, PB, *Revue des Contrats*, mars 2014, pp. 119-122.

SAINT-PAU Jean-Christophe, « L'article 9 du code civil: matrice des droits de la personnalité », note sous Cass. 1<sup>ere</sup> civ., 16 juillet 1998, *Rec. Dalloz*, 1999, n° 37, pp. 541-544.

SIMON Denys, « Accès à des données nominatives et respect de la confidentialité de la vie privée », note sous TPICE, 8 novembre 2007, affaire T-194/04, The Bavarian Lager Co. Ltd, *Europe*, janvier 2008, comm. 3, pp. 12-13.

TOURNAUX Sébastien, note sous TGI Paris, 19 avril 2005, CE Effia Services et Fédération des syndicats Sud Rail c/ Société Effia Services, *LPA*, 3 octobre 2006, n° 197, pp. 9-11.

TOURNAUX Sébastien, note sous Cass. soc., 19 avril 2005, M. P. Lemberc c/ Société Immodéf, n° 02-46.295, *LPA*, 3 octobre 2006, n° 197, pp. 13-14.

TOURNAUX Sébastien, note sous Cass. soc., 17 mai 2005, Philippe X C/ Société Cathenet-Science, n° 03-40.117, *LPA*, 23 avril 2007, n° 81, pp. 6-12.

WALINE Marcel, note sous CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, *RDP*, 1960, pp. 802-808.

WALINE Marcel, « Les pouvoirs des maires d'interdire la projection des films », note sous CE, 14 octobre 1960, *Société les Films Marceau*; CE 23 décembre 1960 *Union générale cinématographique*, *RDP*, 1961, pp. 140-154.

### **III – Références normatives**

#### **A/ Textes et décisions d'origine nationale**

##### **1) Décisions constitutionnelles**

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29, Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114.

Décision n° 76-87 L, 3 mars 1976, Rec. p. 49.

Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Rec. p. 33 - Journal officiel du 13 janvier 1976, p. 344.

Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, Rec. p. 29 - Journal officiel du 11 janvier 1980, p. 84.

Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, Rec. p. 67 - Journal officiel du 30 décembre 1983, p. 3871

Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, Rec. p. 63 - Journal officiel du 28 juillet 1984, p. 2496.

Décision n° 84-141 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200.

Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110 - Journal officiel du 30 juillet 1986, p. 9393.

Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, Rec. p. 119 - Journal officiel du 21 juillet 1988, p. 9448.

Décision n° 90-284 DC du 16 janvier 1991, *Loi relative au conseiller du salarié*, Rec. p. 20 - Journal officiel du 18 janvier 1991, p. 923.

Décision N° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, Rec. p. 91 - Journal officiel du 27 juillet 1991, p. 10001.

Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. p. 14 - Journal officiel du 22 janvier 1993, p. 1118.

Décision N° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.

Décision N° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec. p. 170 - Journal officiel du 21 janvier 1995, p. 1154.

Décision N° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec. p. 45 - Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271.

Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033.

Décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999* Rec. p. 326 - Journal officiel du 31 décembre 1998, p. 20138.

Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. p. 100 - Journal officiel du 28 juillet 1999, p. 11250.

Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116 - Journal officiel du 16 novembre 1999, p. 16962.

Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, Rec. p. 33 - Journal officiel du 20 janvier 2000 p. 992.

Décision n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49, Journal officiel du 18 janvier 2002, p. 1053.

Décision n° 2003-467 DC du jeudi 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Rec. p. 211 - Journal officiel du 19 mars 2003, p. 4789.

Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, Rec. p. 438 - Journal officiel du 27 novembre 2003, p. 20154.

Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Rec. p. 66 - Journal officiel du 10 mars 2004, p. 4637.

Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101 - Journal officiel du 22 juin 2004, p. 11182.

Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, Rec. p. 153 - Journal officiel du 17 août 2004, p. 14657.

Décision n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, Rec. p. 142, Journal officiel du 20 octobre 2005, p. 16609 (@ 57).

Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Rec. p. 31 - Journal officiel du 24 janvier 2006, p. 1138.

Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Rec. p. 360 - Journal officiel du 21 novembre 2007, p. 19001.

Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec. p. 107 - Journal officiel du 13 juin 2009, p. 9675.

Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, Rec. p. 70, Journal officiel du 3 mars 2010, p. 4312 (@ 10) .

Décision n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clarck*, Rec. p. 114, Journal officiel du 19 juin 2010, p. 11149 (@ 70).

Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.*, Rec. p. 220, Journal officiel du 16 septembre 2010, p. 16847 (@ 64).

Décision n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autres*, Rec. p. 244, Journal officiel du 20 mai 2011, p. 8890, (@ 83).

Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, Rec. p. 158, Journal officiel du 28 mars 2012, p. 5607 (@ 6).

Cons. Const., n° 2012-280, QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, Rec. p. 529, Journal officiel du 13 octobre 2012, p. 16031 (@ 49).

Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, JORF du 7 décembre 2013, p. 19955 (@ 6).

Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances rectificative pour 2013*, JORF du 30 décembre 2013, p. 22232 (@ 7).

Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, JORF du 18 mars 2014 page 5450, texte n° 2 (@ 2).

Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, JORF du 29 mars 2014 page 6125, texte n° 2 (@ 2).

## **2) Textes de valeur législative**

Loi n° 67-7 du 3 janvier 1967 portant création d'organismes de recherche, JORF 5 janvier 1967, p. 131.

Loi n° 70-539 du 24 juin 1970 concernant la centralisation de la documentation relative à la circulation routière, JO du 25 juin 1970, p. 5963.

Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JORF du 30 décembre 1979 p.3311.

Projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 août 1976, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1976, Documents parl., Ass. nat., n° 2516, p. 5.

Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JORF, 13 juillet 1976, p. 4203.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF 7 janvier 1978, p. 227.

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

Loi n°80-2 du 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire, JORF du 5 janvier 1980, p. 40.

Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, JO du 9 juillet 1983, p. 2125.

Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication

Loi n° 94-1137 du 27 décembre 1994 autorisant la ratification de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce

Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité JO 24 janvier 1995, p. 1249.

Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, JORF 1er janvier 2004, p. 9.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168.

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO n° 159 10 juillet 2004.

Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des

traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO 7 août 2004, p. 14063.

Ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005, JORF 7 juin 2005.

Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, JORF 9 décembre 2005, p. 18986.

Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006, JORF 24 janvier 2006

Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, JORF n°0294 du 19 décembre 2013 page 20570.

Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *JORF* n°75 du 29 mars 2014, p. 6123.

Loi n° 2014-1098 du 29 septembre 2014 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), *JORF* n°0226 du 30 septembre 2014, Texte n°1.

### **3) Textes et décisions de valeur infra-législative**

#### **a) Règlements**

Arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, JORF du 17 janvier 1982, p. 624.

Décret n° 86-1301 du 22 décembre 1986 relatif au développement de l'informatique, de la bureautique et des réseaux de communication dans l'administration, JO du 24 décembre 1986, p. 15545.

Décret n° 95-760 du 1<sup>er</sup> juin 1995 relatif aux attributions du ministre des technologies de l'information et de la poste

Décret n° 95-1242 du 24 novembre 1995 portant publication de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ensemble quatre annexes), signé à Marrakech le 15 avril 1994

Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° 247 du 22 octobre 2005, p. 16769.

Décret du 18 mars 2008 relatif à la composition du Gouvernement, JORF n°0067 du 19 mars 2008 page 4840.

Décret n° 2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, JORF n° 105 du 4 mai 2008, p. 7446.

Décret n° 2010-1499 du 7 décembre 2010 relatif aux attributions du ministre auprès de la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique.

Décret n° 2011-638 du 8 juin 2011 relatif à l'application de gestion des dossiers des ressortissants

étrangers en France et aux titres de séjour et aux titres de voyage des étrangers, JORF n°0134 du 10 juin 2011 page 9850.

Décret n° 2012-806 du 9 juin 2012 relatif aux attributions de la ministre déléguée auprès du ministre du redressement productif, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique.

#### **b) Décisions des juridictions administratives**

CE, 29 novembre 1907, *Comte*, Rec. p. 874.

CE, 10 août 1917, *Sieur Baldy*, n° 59855, Rec. p. 638.

CE, 16 décembre 1921, *Pommier*, Rec. p. 1060.

CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045, Rec. p. 595.

CE, 24 mars 1933, *Roudet*, Rec. p. 335.

CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413, Rec. p. 541.

CE, 7 février 1936, *Jamart*, n° 43321, Rec. p. 172.

CE, 25 mai 1955, *Syndicat national des inventeurs*, Rec. p. 771.

CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, n° 40922, Rec. p. 540.

CE, 8 février 1962, *Frischmann*, n° 55252, Rec. p. 382.

CE, 16 mars 1962, *Compagnie générale des tramways électriques d'Oran*, Rec. p. 176.

CE, 29 juin 1973, *Compagnie des wagons-lits*, n° 77982, Rec. p. 458.

CE, Ass., 24 janvier 1975, *Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*, n° 72868, Rec. p. 57.

CE, 13 février 1976, *Deberon*, n° 97197, Rec. p. 100.

CE, Ass., 1er février 1980, *Société « Peintures Corona »*, n° 06361, Rec. p. 59.

CE, 7 mars 1980, *SARL Cinq-sept et a.*, n° 03473, Rec. p. 129.

CE, 9 mai 1980, *Société des établissements Cruse Fils et Frères*, n° 10404, *AJDA*, 20 septembre 1980, p. 482.

CE, Ass., 13 mars 1982, *Confédération Générale du Travail*, n° 25173.

CE, Ass., 19 mai 1983, *Bertin*, n° 40680, Rec. p. 407.

CE, 11 janvier 1985, *Camus*, n° 43712, Rec. p. 9.

CE, 5 juin 1987, *Kaberséli*, n° 59674, Rec. p.

CE, Ass., 7 juillet 1989, *Ordonneau*, n° 56627, Rec. p. 161.

CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, Rec. p. 190.

CE, 18 novembre 1992, *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres*, n° 115367, 115397, 115881, 115886, 115905 à 115912 et 116455, Rec. p.

CE, 7 juin 1995, *Caisse régionale de Crédit agricole de la Dordogne et Caisse nationale de Crédit agricole*, n° 148659.

CE, 6 janvier 1997, *Caisse d'épargne Rhône Alpes Lyon*, n° 159129.

CE, 13 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, n° 197060, Rec. p. 397.

CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, Rec. p. 18.

CE 26 novembre 2001, *Association Liberté Information Santé*, n° 222741.

CE, 28 septembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. p. 464.

CE, 4 février 2004, *CPAM de la Gironde*, n° 240023.

CE, 10 mars 2004, *Colman*, n° 252691.

CE, 28 juillet 2004, *M. Mechri*, n° 262851.

CE, 7 avril 2006, *M. Skandrani*, n° 275216.

CE, 26 juillet 2006, *Gisti et autres*, n° 285714.

CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110, rec. p. 55.

CE, 12 mars 2007, *GISTI*, n° 297888.

CE, 6 avril 2007, *Comité Harkis et Vérité*, n° 275270.

CE, 2 juillet 2007, *Association AC et autres*, n° 290593.

CE, ord., 25 octobre 2007, *Mme Y*, n° 310125.

CE, 19 février 2008, *Profilfrance*, n° 31197.

CE, 30 novembre 2009, *Kehli*, n° 318589.

CE, 30 décembre 2009, *Association SOS Racisme, GISTI et autres*, n° 312051, Rec. p. 538.

CE, 19 juillet 2010, *M. Fristot et Mme Charpy*, n° 334014 et 317182, Rec. p. 320.

CE, 24 août 2011, *Sté HSBC Private Bank (Suisse)*, n° 336382.

CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827, Rec. p. 505.

CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 362347.

CE, 11 avril 2014, *Ligue des droits de l'homme*, n° 352473.

CE, 11 avr. 2014, *Union générale des syndicats pénitentiaires CGT*, n°355624, JO 17 avr. 2014, p. 6792.

### **c) Décisions des juridictions judiciaires**

C. Cass., soc., 16 juin 1945, *Etablissements Poliet et Chausson c/ Vialard*, *DS*, 1946, p. 427.

Trib. Civ. Seine, 22 janvier 1947, *Dalloz*, 1947, *Jurisprudence*, pp. 126-127.

Cass. ch. Soc., 5 février 1959, B., n° 181.

Cass. crim, 27 avril 1983, inédit.

Cass. soc., 20 novembre 1991, Néocel c. Spaeter, Droit Social, 1992, p. 31.

Cass. ch. Soc., 22 janvier 1992, Roissard, Droit social, 1992, p. 268.

CA Paris, 24 février 1977, Defrénois et TGI Lille, 28 septembre 1995, LPA 8 août 1997

Cass. Crim. 19 novembre 1997, n° 96-82.625, Bull. Crim. n° 393.

Cour d'appel de Paris, Section A, 13 septembre 1995, n° 95/605.

TGI Bayonne, 25 avril 2002, Ministère public contre M. Kevin P., n° 636/2002.

Cass. soc., 19 avril 2005, M. P. Lembert c/ Société Immodéf, n° 02-46.295.

TGI Paris, 19 avril 2005, CE Effia Services et Fédération des syndicats Sud Rail c/ Société Effia Services.

TGI de Nîmes, ord. réf., 4 mai 2005, n° 05/00437, Société Nestlé Waters supply sud.

Cass. soc., 17 mai 2005, Philippe X C/ Société Cathenet-Science, n° 03-40.117

TGI Libourne, Ord. Référé, 17 septembre 2005, n° 05/00143, SAS BSN-GLASSPACK.

CA Pau, 24 novembre 2005, M. Duran Campana c/ M. Mirgon, n° 051983.

Cass. Crim. 14 mars 2006, n° 05-83.423, F P+ F.

Cass. Soc., 23 mai 2007, Société Datacep contre H.

TGI de Paris (ord. Réf.) 3 mars 2008, n° 08-51650, Société Note2be.

Cour de cassation, chambre civile 1 , 23 janvier 2013, N° de pourvoi: 10-28397 11-11421, Non publié au bulletin.

Ccass, ch. crim., 22 octobre 2013, n° 13-81945, Bulletin criminel 2013, n° 196.

Ccass., ch. crim., 22 octobre 2013, n° 13-81949, Bulletin criminel 2013, n° 197.

#### **d) Décisions et rapports de la CNIL**

##### **Avis et délibérations de la CNIL**

Délibération n°79-02 du 08 août 1979 portant avis sur un projet de loi instituant un casier judiciaire national automatisé.

Délibération n°80-18 du 3 juin 1980 portant avis sur l'applicabilité de la loi du 6 janvier 1978 à INTERPOL.

Délibération n° 89-78 du 11 juillet 1989 relative à la transmission d'informations relatives aux cadres supérieurs de la société Fiat- France à la société Fiat à Turin

Délibération n° 95-102 du 24 janvier 1995

Délibération n° 03-054 du 27 novembre 2003 portant avis sur les dispositions relatives au développement de l'administration électronique de l'avant-projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit par voie d'ordonnances, in CNIL, 24ème rapport d'activité, 2003, La Documentation française, 2004, pp. 229-232.

CNIL, 3 janv. 2014 délib. n°2013-420 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société *Google Inc.*.

Délibération n° 2014-219 du 22 mai 2014 refusant la mise en œuvre, par la commune de Gujan-Mestras, d'un traitement automatisé de contrôle des données signalétiques des véhicules collectées à partir de caméras de vidéoprotection (Demande d'autorisation n° 1692714).

Délibération de la formation restreinte n° 2014-298 du 7 août 2014 prononçant un avertissement à l'encontre de la société ORANGE.

### **Rapports de la CNIL**

CNIL, 1<sup>er</sup> rapport d'activité, 1978-1980, La Documentation française, 1980.

CNIL, 5<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1984, La Documentation française, 1985.

CNIL, 6<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1985, La Documentation française, 1986.

CNIL, 7<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1986, La Documentation française, 1987.

CNIL, 10<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1989, La Documentation française, 1990.

CNIL, 11<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1990, La Documentation française, 1991.

CNIL, 19<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1998, La Documentation française, 1999.

CNIL, 20<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1999, La Documentation française, 2000.

CNIL, 24<sup>ème</sup> rapport d'activité, 2003, La Documentation française, 2004.

### **e) Avis et décisions d'autres autorités administratives indépendantes**

Conseil de la concurrence, Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit .

Commission des clauses abusives, recommandation n° 2007-02 du 24 mai 2007 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet, BOCCRF 24 décembre 2007, pp. 1124-1126.

Conseil de la concurrence, Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle.

Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur le Défenseur des droits, adopté par l'Assemblée plénière du 4 février 2010.

Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits adopté par le Sénat en juin 2010, adopté par l'Assemblée plénière du 30 septembre 2010.

### **f) Autres rapports, avis et travaux préparatoires**

« Au-delà de 1984: le droit et les technologies de l'information dans la société de demain », Actes du quatorzième colloque de droit européen, Lisbonne, 26-28 septembre 1984, Strasbourg, 1985.

BATHO Delphine et BENISTI Jacques Alain, *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2009, treizième législature.

BATHO Delphine et BENISTI Jacques Alain, Proposition de loi relative aux fichiers de police: Doc. AN, 7 mai 2009, n° 1659.

BLANC Étienne, Rapport n° 2095 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi de M. Jean-Luc WARSMANN (N° 1890) de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, Tome 1, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 novembre 2009.

BOUCHET Hubert, *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, rapport adopté par la CNIL en séance plénière du 5 février 2002, mars 2004.

BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 1998.

CAILLAVET Henri, proposition de loi tendant à créer un Directoire et un Tribunal de l'informatique. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 1974. N° 144 sénat seconde session ordinaire de 1973-1974.

Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*, avis n° 98, <http://www.comite-ethique.fr/docs/fr/avis098.pdf>

Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'informations, COM (1990) 314 final du 13 septembre 1990

Commission européenne, *Livre Blanc sur la Croissance, compétitivité et emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI<sup>ème</sup> siècle*, COM (1993) 700 final du 5 décembre 1993.

Commission Informatique et Libertés, rapport dans le cadre du décret n° 74.938 du 8 novembre 1974 dit « Rapport Tricot », La Documentation française, 1975, tomes 1 et 2.

Commission de la Coordination de la Documentation Administrative, Administration et Documentation, D'une commission à l'autre, sixième rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 1985.

Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*,

Conseil d'État, Sur le principe de transparence, La Documentation française, collection études et documents n° 47, 1995, 617 p.

Conseil d'État, Sur le principe d'égalité, La Documentation française, collection études et documents, n° 48, , 1996, 509 p.

Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998.

Conseil d'État, *Considérations générales sur les AAI* : EDCE, n° 52, Rapport public 2001, La Documentation française, 2001.

Conseil d'État, *Inventaire méthodique et codification du droit de la communication*, La Documentation française, 2006.

Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014.

Cour de Cassation, *L'innovation technologique*, rapport annuel 2005.

COURTOIS Jean-Patrick et BUFFET François-Noël, Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances pour 2010, adopté par l'Assemblée Nationale, Sénat, session ordinaire de 2009-2010, enregistré à la Présidence du Sénat le 19 novembre 2009, Tome XI Sécurité immigration asile et intégration.

CNCDH, Problèmes posés par l'inclusion d'éléments biométriques dans la carte nationale d'identité : contribution de la CNCDH au débat, Avis adopté par l'assemblée plénière du 1er juin 2006.

CURIEN Nicolas et MUET Pierre-Alain, *La société de l'information*, Rapport de La Documentation française. Paris, 2004.

DÉTRAIGNE Yves et ESCOFFIER Anne-Marie, proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique, n° 93, Session ordinaire de 2009-2010, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 novembre 2009.

DÉTRAIGNE Yves et ESCOFFIER Anne-Marie, Rapport n° 441 du Sénat, session ordinaire de 2008-2009, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques.

DÉTRAIGNE Yves et ESCOFFIER Anne-Marie, Rapport n° 330 du Sénat, session ordinaire de 2009-2010, enregistré à la Présidence du Sénat le 24 février 2010, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Anne-Marie ESCOFFIER visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique.

FOYER Jean, Informatique et libertés, Rapport n° 3125 de l'Assemblée Nationale, cinquième législature, première session ordinaire de 1977-1978, Tomes 1 et 2.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes, in GELARD Patrice, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport établi au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée nationale n° 3166, Sénat n° 404, [2005-2006], juin 2006, Tome 2.

GELARD Patrice, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport établi au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée nationale n° 3166, Sénat n° 404, [2005-2006], juin 2006, Tome 1 et 2.

GORCE Gaëtan et PILLET François, Rapport n° 469 du Sénat, session ordinaire de 2013-2014, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 avril 2014, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'*open data* et la protection de la vie privée.

*Internet, enjeux juridiques*, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par Isabelle Falque-Pierrotin, La Document française, Rapport officiel, 1997.

JORF 5 octobre 1977, débats parlementaires à l'Assemblée Nationale, 1<sup>ère</sup> session ordinaire de 1977-1978, compte rendu intégral – 2<sup>ème</sup> séance, 1<sup>ère</sup> séance du mardi 4 octobre 1977 relative à la Loi sur l'informatique et les libertés.

JORF 18 novembre 1977, Débats parlementaires au Sénat, première session ordinaire de 1977-1978, Compte rendu intégral – 19<sup>ème</sup> séance, Séance du jeudi 17 novembre 1977.

JORF 25 juin 1993, Débats parlementaires à l'Assemblée Nationale, seconde session ordinaire de 1992-1993, Compte-rendu intégral – 73<sup>ème</sup> séance, 1<sup>ère</sup> séance du vendredi 25 juin 1993, pp. 2285-2292.

*La neutralité de l'Internet - Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement établi en application de l'article 33 de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique.

*La société et l'économie à l'aune de la révolution numérique – Enjeux et perspectives des prochaines décennies (2015-2025)*, Rapport de la commission présidée par Alain BRAVO, Centre d'analyse stratégiques, La Documentation française, 2009.

LASSERRE Bruno, *L'État et les technologies de l'information et de la communication: vers une administration à accès pluriel*, Commissariat général du Plan, La Documentation française, 2000.

MARSAUD Alain, *rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2615), relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée Nationale, douzième législature, 22 novembre 2005.

OCDE, *L'administration électronique : un impératif*, OCDE, 2004.

PHILIP Christian, *Les échanges d'informations et la protection des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale* (COM [2005] 475 final/n° E 2977, COM [2005] 490 final/ n° E 2981 et COM [2005] 695 final/n° E 3066), Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne, n° 3695 .

PONIATOWSKI Marcel, proposition de loi tendant à la création d'un Comité de surveillance et d'un Tribunal de l'informatique enregistrée à de l'Assemblée Nationale le 30 octobre 1970. Annexe au procès-verbal de la séance du 25 novembre 1970. N° 1454 Assemblée Nationale première session ordinaire de 1970-1971.

POULLET Yves, DINANT Jean-Marc et DE TERWANGNE Cécile, *L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet*, Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunications, Conseil de l'Europe, 2004.

Projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 août 1976, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1976, Documents parl., Ass. nat., n° 2516, p. 5.

Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, Observation thématique n° 2: les droits fondamentaux dans l'action extérieure de l'Union européenne en matière de justice et d'asile et immigration, Janvier 2004.

Sénat, *L'interconnexion des fichiers administratifs*, Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 59, juin 1999.

THYRAUD Jacques, rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'informatique et aux libertés, Rapport n° 72, Sénat, première session ordinaire de 1977-1978, Annexe au procès verbal de la séance du 10 novembre 1977.

TRON Georges, Fonction publique, réforme de l'État et aménagement du territoire, annexe n°26 in CARREZ Gilles, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2003 (n° 230), n° 256, 2002.

TRUCHE Pierre, *Administration électronique et protection des données personnelles*, Rapport public, La Documentation française, 2002.

TÜRK Alex, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 218, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 mars 2003.

TÜRK Alex, *Rapport au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 367, Sénat, session ordinaire de 2003-2004, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 2004.

VEDEL Georges, Rapport remis le 15 février 1993 au Président de la République par le Comité consultatif pour la révision de la constitution, JORF, 16 février 1993, pp. 2537-2555.

VILLA Jean, Intervention orale lors de la 1ère séance à l'Assemblée Nationale du mardi 4 octobre 1977 à propos de la discussion du projet de loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Compte rendu intégral des débats, 2ème séance, JORF, mercredi 5 octobre 1977, Débats parlementaires – Assemblée nationale, p. 5786.

YUNG Richard, Rapport n° 174 du Sénat, session ordinaire de 2005-2006, relatif à l'établissement, au fonctionnement et à l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération.

## **B/ Textes et décisions d'origine internationale**

### **1) Textes du BIT**

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Recueil de directives pratiques du BIT, Organisation internationale du travail, 1997, 52 p.

### **2) Textes et décisions du Conseil de l'Europe**

#### **a) Instruments normatifs**

Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, STE n° 30, signée à Strasbourg le 20 avril 1959.

Convention européenne sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative, STE n° 100, signée à Strasbourg le 15 mars 1978.

Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Strasbourg, 28 janvier 1981.

Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, STE n° 127, signée à Strasbourg le 25 janvier 1988.

Convention n° 180 sur l'information et la coopération juridique concernant les "Services de la Société de l'Information", Moscou, 4 octobre 2001.

Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, STE n° 181, signé le 8 novembre 2001, en vigueur depuis le 1er juillet 2004.

Deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, STE n° 182, signé à Strasbourg le 8 novembre 2001.

Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité faite à Budapest le 23 novembre 2001

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE n° 198, signée à Varsovie le 16 mai 2005.

Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, STCE n° 208, signé à Paris le 27 mai 2010.

## **b) Travaux et actes non normatifs**

HUET Jérôme, *Étude relative aux contrats encadrant les transferts de données personnelles entre les parties à la Convention 108 et les pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat*, Groupe de rédaction du comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE 108), T-PD-GR (2000) 2, Strasbourg, 9 novembre 2000.

Recommandation 428 (1970) portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, Ann. Conv., vol. 13, 1970, p. 61.

Déclaration sur la liberté d'expression et d'information adoptée par le Comité des Ministres le 29 avril 1982, lors de sa 70ème Session.

Recommandation n° R (85) 20 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de marketing direct (25 octobre 1985).

Recommandation n° R (86) 1 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de sécurité sociale.

Recommandation n° R (87) 15 du 17 septembre 1987 visant à réglementer l'utilisation des données personnelles dans le secteur de la police.

Conseil de l'Europe, *Les nouvelles technologies: un défi pour la protection de la vie privée?*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1989.

Recommandation n° R (91) 10 du 9 septembre 1991 sur la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics;

Recommandation n° R (95) 4 du 7 février 1995 sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications, eu égard notamment aux services téléphoniques;

Recommandation n° R (97) 5 du 13 février 1997 sur la protection des données médicales ;

Recommandation n° R (97) 18 du 30 septembre 1997 sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques;

Recommandation n° R (99) 5 du 23 février 1999 sur la protection de la vie privée sur Internet.

Recommandation n° R (2002) 9 du 18 septembre 2002 sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme (Rapporteur: M. Tony Lloyd, Royaume-Uni, Groupe Socialiste), *Les États-Unis et le droit international*, Doc. 11181, 8 février 2007.

Recommandation CM/ Rec(2008)6 du Comité des Ministres aux États membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet, adoptée par le Comité des Ministres le 26 mars 2008.

Recommandation CM/Rec(2010)13 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection

des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel dans le cadre du profilage, adoptée par le Comité des Ministres le 23 novembre 2010.

Recommandation CM/ Rec (2011)8 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection et la promotion de l'universalité, de l'intégrité et de l'ouverture de l'internet, adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2011.

Déclaration du Comité des Ministres sur des principes de la gouvernance de l'internet adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2011.

### **c) Décisions de la CEDH**

Comm. EDH, 11 janvier 1961, *Autriche c/ Italie*, n° 788/60.

CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (dite linguistique belge), série A n° 6.

CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume Uni*, série A n° 18.

Comm. EDH, 18 mai 1976, *X. c/ Islande*, DR, 5, p. 86.

Comm. EDH, 12 juillet 1977, *Brüggeman et Scheuten c/ RFA*, n° 6959/75, D. et R. 10, 100.

CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume Uni*, série A n° 25.

CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c/ Allemagne*, série A n° 28.

CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, série A n° 30.

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32.

CEDH, 21 février 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, série A n° 73.

CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, série A n° 82.

CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays Bas*, série A n° 91.

CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c/ Autriche*, série A, n° 103.

CEDH, 26 mars 1987 *Leander c/ Suède*, série A n° 116.

Comm. EDH, 6 juillet 1988, *I. Hilton contre Royaume Uni*, req. n° 12015/86, D.R., 57, p. 108.

CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, série A n° 160.

CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume Uni*, série A n° 161.

CEDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne*, Série A, n° 165.

CEDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c/ Suisse*, n° 10890/84, série A n° 173.

CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, série A n° 176-A.

CEDH, 26 juin 1992, *Drozdz et Janousek c/ France et Espagne*, série A n° 240.

CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A n° 251-B.

CEDH, 25 août 1993, *Sekanina c/ Autriche*, série A n° 266-A.

CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, série A n° 280-B.

CEDH, 28 octobre 1994, *Murray c/Royaume-Uni*, série A n° 300-A.

CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie (exceptions préliminaires)*, série A n° 310.

CEDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, Recueil des arrêts et décisions 1997-I.

CEDH, 25 juin 1997, *Halford c/ Royaume-Uni*, Recueil des arrêts et décisions 1997-III.

CEDH, 27 août 1997, *M. S. c/ Suède*, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV.

CEDH, 19 février 1998, *Guerra et autres c/ Italie*, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

CEDH, 24 février 1998, *Botta c/ Italie*, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

CEDH, 9 juin 1998, *McGinley et Egan c/ Royaume Uni*, Recueil des arrêts et décisions 1998-III.

CEDH, gr. ch., 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume Uni*, n° 24833/94, CEDH 1999-I.

CEDH, gr. ch., 16 février 2000, *Amann c/ Suisse*, n° 27798/95, CEDH 2000-II.

CEDH, 21 mars 2000, *Rushiti c/. Autriche*, n° 28389/95.

CEDH, gr. ch., 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, n° 28341/95, CEDH 2000-V.

CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ Royaume Uni*, n° 44599/98, CEDH 2001-I.

CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c/ Italie*, n° 30882/96, CEDH 2001-VIII.

CEDH, 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni*, n° 44787/98, CEDH 2001-IX.

CEDH, gr. ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, CEDH 2002-VI.

CEDH, 29 juillet 2002, *Pretty c/ Royaume Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III.

CEDH, 28 janvier 2003, *Peck c/ Royaume-Uni*, n° 44647/98, CEDH 2003-I.

CEDH, gr. ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98, CEDH 2003-III.

CEDH, 30 mars 2004, *Radio France et autres c/ France*, n° 53984/00, CEDH 2003-X.

CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, n° 59320/00, CEDH 2004-VI.

CEDH, 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c/ Espagne*, n° 4143/02, CEDH 2004-X.

CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.

CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, n° 45036/98, CEDH 2005-VI.

CEDH, 21 juillet 2005, *Strain et autres c/ Roumanie*, n° 57001/00, CEDH 2005-VII.

CEDH, gr. ch., 19 octobre 2005, *Roche c/ Royaume Uni*, n° 32555/96, CEDH 2005-X.

CEDH, 6 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg et autres c/ Suède*, n° 62332/00, CEDH 2006-VII.

CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, n° 7508/02, CEDH 2006-XI.

CEDH, 13 novembre 2007, *Muscio c/ Italie*, n° 31358/03.

CEDH, 20 novembre 2008, *Gunes c/ France*, n° 32157/06.

CEDH, gr. ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97, CEDH 2008.

CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008.

CEDH, 28 avril 2009, *K. H. et autres c/ Slovaquie*, n° 32881/04, CEDH 2009.

CEDH, 27 octobre 2009, *Haralambie c/ Roumanie*, n° 21737/03.

CEDH, 17 décembre 2009, *Gardel c/ France*, n° 16428/05, CEDH 2009.

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010.

CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c/ Allemagne*, n° 35623/05, CEDH 2010.

CEDH, 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, n° 3111/10, CEDH 2012.

CEDH, 24 septembre 2013, *Antoneta Tudor c/ Roumanie*, n° 23445/04.

CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*, n° 21010/10.

### **3) Textes de l'OCDE**

Recommandation du Conseil concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel du 23 septembre 1980.

Lignes directrices régissant la question de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel du 23 septembre 1980.

Déclaration sur les flux transfrontières de données adoptée par le gouvernement des pays membres de l'OCDE le 11 avril 1985.

Déclaration relative à la protection de la vie privée sur les réseaux, formulée par les Ministres de l'OCDE à la Conférence « Un monde sans frontières: concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial, 7-9 octobre 1998, Ottawa, Canada.

### **4) Textes et actes adoptés dans le cadre des Nations-Unies**

Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 59 (I), *Convocation d'une conférence internationale sur la liberté de l'information*, 65<sup>ème</sup> séance plénière, 14 décembre 1946.

Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 2061 (XX), *Liberté de l'information*, 1397<sup>ème</sup> séance plénière, 16 décembre 1965.

Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°16*: Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et le droit d'être protégé contre les atteintes à l'honneur et à la réputation (art. 17), 8 avril 1988.

Résolution adoptée sur le rapport de la troisième Commission n° 44 (132), *Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel*, 82<sup>ème</sup> séance plénière, 15 décembre 1989.

CNUCED, *Dimensions juridiques du commerce électronique*, Rapport TD/B/COM.3/EM.8/2,4 mai 1999.

Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 55 (2), *Déclaration du Millénaire*, 8ème séance plénière, 8 septembre 2000.

Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 56 (183), *Sommet mondial sur la société de l'information*, 90<sup>ème</sup> séance plénière, 21 décembre 2001, A/RES/56/183.

ONU – Conseil économique et social, libéralisation du commerce des services et droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 juin 2002.

Plan d'action de Genève, adopté à l'issue du SMSI de Genève le 12 mai 2004, WSIS-03/GENEVA/DOC/5-F.

CNUCED, *E-commerce and development report*, 2004.

Engagement de Tunis, adopté à l'issue du SMSI de Tunis le 18 novembre 2005, WSIS-05/TUNIS/DOC/007-F.

Agenda de Tunis, adopté à l'issue du SMSI de Tunis le 18 novembre 2005, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rév.1)-F.

## **5) Textes et décisions de l'OMC (y inclus les textes et décisions du GATT)**

### **a) Instruments normatifs**

Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), auquel sont annexés les différents accords concluant les négociations commerciales du cycle d'Uruguay, notamment l'accord général sur le commerce de services (AGCS), signé le 15 avril 1994, dont la ratification a été autorisée par la loi n° 94-1137 du 27 décembre 1994 et entré en vigueur le 1er janvier 1995

### **b) Travaux et actes non normatifs**

GATT, Activities of other organisations in the field of services, CG.18/W/63 du 15 octobre 1981.

GATT, Note on the meeting of 5-9 june 1989, MTN.GNS/23 du 11 juillet 1989.

GATT, Working group on telecommunication service – Note on the Meeting of 10-12 september 1990, MTN.GNS/TEL/3, 12 octobre 1990.

### **c) Décisions des panels et de l'ORD**

Groupe spécial, Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, DS10/R – 37S/214, 7 novembre 1990.

ORD, États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

ORD, Corée – mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R du 11 décembre 2000.

## **6) Textes et décisions de l'UE et de l'EEE**

### **a) Conventions internationales (y compris les traités internationaux communautarisés par la suite)**

Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République Française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes

Convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police (convention Europol), Journal officiel n° C 316 du 27/11/1995 p. 2.

Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, Journal officiel n° C 316 du 27/11/1995 p. 34.

Accord entre la Communauté européenne et la République de Bolivie relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 3.

Accord entre la Communauté européenne et la République de Colombie relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 11.

Accord entre la Communauté européenne et la République de l'Équateur relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 19.

Accord entre la Communauté européenne et la République du Pérou relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 27.

Accord entre la Communauté européenne et la République du Venezuela relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 324 du 30/12/1995 p. 35.

Décision n° 1/95 du Conseil d'association CE-Turquie, du 22 décembre 1995, relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière, Journal officiel n° L 035 du 13/02/1996 p. 1.

Accord de Coopération entre la Communauté européenne et les États-Unis mexicains pour le contrôle des précurseurs et des substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes, Journal officiel n° L 077 du 19/03/1997 p. 24.

Accord sur la coopération et l'assistance mutuelle administrative en matière douanière entre la Communauté européenne et la République de Corée, Journal officiel n° L 121 du 13/05/1997 p. 14.

Accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et la Confédération suisse ajoutant à l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse un protocole additionnel relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 169 du 27/06/1997 p. 77.

Accord d'association euro-méditerranéen intérimaire relatif aux échanges et à la coopération entre la Communauté européenne, d'une part, et l'Organisation de libération de la Palestine (OLP), agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, d'autre part, Journal officiel n° L 187 du 16/07/1997 p. 3.

Deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, Journal officiel n° C 221 du 19/07/1997 p. 12.

Accord de coopération douanière et d'assistance mutuelle en matière douanière entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique, Journal Officiel n° L 222 du 12.8.1997, p. 17.

Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la signification et à la notification dans les États membres de l'Union européenne des actes judiciaires

et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, Journal officiel n° C 261 du 27/08/1997 p. 2.

Accord de Coopération entre la Communauté européenne et la République démocratique populaire lao, Journal officiel n° L 334 du 05/12/1997 p. 15.

Accord entre la Communauté européenne et le Canada sur la coopération douanière et l'assistance mutuelle en matière douanière, Journal Officiel n° L 7 du 13/01/1998, p. 38.

Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, Journal officiel n° C 024 du 23/01/1998 p. 2.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, Journal officiel n° L 097 du 30/03/1998 p. 2.

Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, agissant dans le cadre de l'Union européenne, d'une part, et la République de Slovénie, d'autre part, Journal officiel n° L 051 du 26/02/1999 p. 3.

Décision n° 1/1999 de la Commission mixte CE/AELE «transit commun» du 12 février 1999 modifiant les appendices I, II et III de la convention du 20 mai 1987 relative à un régime de transit commun, Journal officiel n° L 065 du 12/03/1999 p. 50.

Accord entre la Communauté européenne et Hong Kong (Chine) relatif à la coopération et à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal Officiel n° L 151 du 18/06/1999, p. 21.

Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Ouzbékistan, d'autre part, Journal officiel n° L 229 du 31/08/1999 p. 3.

Accord de coopération entre la Communauté européenne et le Royaume du Cambodge, Journal officiel n° L 269 du 19/10/1999 p. 18.

Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part, Journal officiel n° L 311 du 04/12/1999 p. 3.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part, Journal officiel n° L 070 du 18/03/2000 p. 2.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'État d'Israël, d'autre part, Journal officiel n° L 147 du 21/06/2000 p. 3.

Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, Journal officiel n° 197 du 12/07/2000 p. 3.

Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 19.

Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Norvège concernant la participation de la Norvège aux travaux de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, Journal officiel n° L 257 du 11/10/2000 p. 24.

Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la

Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis mexicains, d'autre part, Journal officiel n° L 276 du 28/10/2000 p. 45.

Décision n° 1/2000 de la Commission mixte CE-AELE "Transit commun" du 20 décembre 2000 portant amendement de la convention du 20 mai 1987 relative à un régime de transit commun, Journal officiel n° L 009 du 12/01/2001 p. 1.

Accord intérimaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, Journal officiel n° L 124 du 04/05/2001 p. 2.

Accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et la République du Chili ajoutant à l'accord-cadre de coopération un protocole relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 21.

Accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et la République de Chypre ajoutant à l'accord d'association entre la Communauté économique européenne et la République de Chypre un protocole relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 229 du 25/08/2001 p. 6.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, Journal officiel n° L 129 du 15/05/2002 p. 3.

Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part Journal officiel n° L 352 du 30/12/2002 p. 3.

Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 27.

Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, Journal officiel n° L 181 du 19/07/2003 p. 34.

Protocole - établi sur la base de l'article 43, paragraphe 1, de la convention portant création d'un Office européen de police (convention Europol), modifiant ladite convention, Journal officiel n° 002 du 06/01/2004 p. 3.

Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 017 du 24/01/2004 p. 25.

Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, Journal officiel n° L 084 du 20/03/2004 p. 13.

Accord Entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la république populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 143 du 30/04/2004 p. 99.

Accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, Journal officiel n° L 183 du 20/05/2004 p. 84.

Accord entre la Communauté européenne et la République de l'Inde relatif à la coopération et à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal Officiel L 304 du 30/09/2004, p. 25.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part, Journal officiel n° L 304 du 30/09/2004 p. 0039.

Accord de coopération et d'assistance administrative mutuelle en matière douanière entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République populaire de Chine, Journal Officiel n° L 375 du 23 12 2004, p. 20.

Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 124 du 17/05/2005 p. 22.

Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 124 du 17/05/2005 p. 43.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part, Journal officiel n° L 265 du 10/10/2005 p. 2.

Notification de la dénonciation de l'accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, Journal officiel n° C 219 du 12/09/2006 p. 1.

Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données relatives aux informations préalables sur les voyageurs et aux dossiers passagers, Journal officiel n° L 082 du 21/03/2006 p. 0015 et Journal officiel n° L 270 du 29/09/2006 p. 345.

Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure, Journal officiel n° L 298 du 27/10/2006 p. 29.

Accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, Journal officiel n° L 129 du 17/05/2007 p. 40.

Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure (DHS) (accord PNR 2007), Journal officiel n° L 204 du 04/08/2007 p. XXXXXXXXXX

Accord entre la Communauté européenne et la République de Turquie concernant la participation de la République de Turquie aux activités de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, Journal officiel n° L 323 du 08/12/2007 p. 24.

Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine sur la réadmission des personnes, Journal officiel n° L 332 du 18/12/2007 p. 48.

Accord entre la Communauté européenne et la République du Monténégro concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 26.

Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 46.

Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 66.

Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 334 du 19/12/2007 p. 149.

Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, Journal officiel n° L 053 du 27/02/2008 p. 5.

Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon relatif à la coopération et

à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière, Journal officiel n° L 062 du 06/03/2008 p. 24.

Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, Journal officiel n° L 289 du 30/10/2008 p. 3.

Accord entre l'Union européenne et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) provenant de l'Union européenne par les transporteurs aériens au service des douanes australien, Journal officiel n° L 213 du 08/08/2008 p. 49.

Décision n° 1/2008 de la Commission mixte CE-AELE Transit commun du 16 juin 2008 modifiant la convention du 20 mai 1987 relative à un régime de transit commun, Journal officiel n° L 274 du 15/10/2008 p. 1.

Accord d'étape vers un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la partie Afrique centrale, d'autre part, Journal officiel n° L 057 du 28/02/2009 p. 2.

Accord de partenariat économique d'étape entre la Côte d'Ivoire, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, Journal officiel n° L 059 du 03/03/2009 p. 3.

Accord de partenariat intérimaire entre la Communauté européenne, d'une part, et les États du Pacifique, d'autre part, Journal officiel n° L 272 du 16/10/2009 p. 2.

Accord intérimaire en vue d'un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États de l'APE CDAA, d'autre part, Journal officiel n° L 319 du 04/12/2009 p. 3.

Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République du Tadjikistan, d'autre part, Journal officiel n° L 350 du 29/12/2009 p. 3.

Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, Journal officiel n° L 195 du 27/07/2010 p. 5.

Accord intérimaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, d'une part, et la République de Serbie, d'autre part, Journal officiel n° L 028 du 30/01/2010 p. 0002.

Accord entre l'Union européenne et le Japon relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale, Journal officiel n° L 039 du 12/02/2010 p. 20.

Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres d'une part, et la République du Monténégro, d'autre part, JO L 108 du 29.4.2010, p. 3.

Accord entre la Communauté européenne et la République islamique du Pakistan concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 287 du 04/11/2010 p. 52.

Accord entre l'Union européenne et la Géorgie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Journal officiel n° L 052 du 25/02/2011 p. 47.

Accord intérimaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Turkménistan, d'autre part, Journal officiel n° L 080 du 26/03/2011 p. 21.

Accord de libre échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, JO L 127 du 14/05/2011, p. 6.

Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, Journal officiel n° L 192 du 22/07/2011 p. 51.

Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers (données PNR) et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure, Journal officiel n° L 0215 du 11/08/2012 p. 5.

Accord d'association entre l'Union européenne et ses États membres d'une part, et l'Ukraine d'autre part, JO L 161 du 29/05/2014, p. 3.

## **b) Règlements**

règlement CEE n° 2603/69 du Conseil du 20 décembre 1969 pour les exportations

règlement CE n° 3285/94 du Conseil du 22 décembre 1994 pour les importations

Règlement (CEE) n° 1468/81 du Conseil, du 19 mai 1981, relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière ou agricole, JO L 144 du 2.6.1981, p. 1.

Règlement (CEE) n° 2392/86 du Conseil du 24 juillet 1986 portant établissement du casier viticole communautaire, JOCE n° L 208/1 du 31.7.1986.

Règlement (CEE) n° 2332/89 du Conseil du 18 juillet 1989 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, ainsi que le règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, JOCE L 224 du 2 août 1989, p. 1.

Règlement (CEE) n° 1198/90 du Conseil du 7 mai 1990 portant établissement d'un casier agrumicole communautaire, JOCE n° L 119/59 du 11.5.1990.

Règlement (CEE) n° 3919 du Conseil du 21 décembre 1990 portant règles générales d'application du règlement (CEE) n° 1198/90 portant établissement d'un casier agrumicole communautaire, JOCE n° L 375/15 du 31.12.90.

Règlement (CE) n° 515/97 du Conseil du 13 mars 1997 relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole, Journal officiel n° L 082 du 22/03/1997 p. 0001 – 0016.

Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316 du 15 12 2000, p. 1.

Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2000, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO 2001, L 8, p. 1.

Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO L 145, p. 43.

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO 2003 du 4 janvier 2003, L1 p. 1

Règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre

entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1.

Règlement (CE) n° 882/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relatif aux contrôles officiels effectués pour s'assurer de la conformité avec la législation sur les aliments pour animaux et les denrées alimentaires et avec les dispositions relatives à la santé animale et au bien-être des animaux, JOUE L 165 du 30.4.2004, p. 1.

Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE L 177 du 4 juillet 2008, p. 6.

Règlement (CE) n°767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), JO L 218 du 13.8.2008, p. 60.

Règlement (CE) n° 1071/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la directive 96/26/CE du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, Journal officiel n° L 300 du 14/11/2009 p. 51.

Règlement (UE) n° 904/2010 du Conseil du 7 octobre 2010 concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, JO L 268 du 12 10 2010, p.1.

Règlement (UE) n° 753/2011 du Conseil du 1er août 2011 concernant des mesures restrictives instituées à l'encontre de certains groupes et de certaines personnes, entreprises ou entités au regard de la situation en Afghanistan, JO L 199/1 du 02/08/2011, p.1.

Règlement (UE) n° 36/2012 du Conseil du 18 janvier 2012 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie et abrogeant le règlement (UE) n° 442/2011, Journal officiel n° L 016 du 19/01/2012 p. 1.

Règlement (UE) n° 267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) n° 961/2010, Journal officiel n° L 88 du 24/03/2012, p. 1.

Règlement (UE) n° 1024/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur et abrogeant la décision 2008/49/CE de la Commission («règlement IMI»), Journal officiel n° L 316 du 14/11/2012 p. 1.

Règlement (UE) n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, Journal Officiel n° L 78 du 17/03/2014, p. 6.

Règlement (UE) n° 748/2014 du Conseil du 10 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard à la situation au Soudan du Sud, Journal officiel n° L 203 du 11/07/2014, p. 13.

### **c) Directives**

Directive 70/50/CEE de la Commission du 22 décembre 1969 portant suppression des mesures d'effets équivalents à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE, JOCE L 13 du 19/01/1970, p. 29.

Directive 89/552/CEE du Conseil, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17/10/1989, p. 23.

Directive n° 91/477/CEE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, JO L 256 du 13/09/1991, p. 51.

Directive 92/44/CEE du Conseil. du 5 juin 1992. relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, Journal officiel n° L 165 du 19/06/1992 p. 27.

Acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes (95/C 316/02), JO n° C 316 du 27/11/1995 p. 33.

Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23/11/1995, p. 31.

Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144 du 4/06/1997, p. 19.

Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, Journal officiel n° L 024 du 30/01/1998 p. 1

Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JOCE L 213 du 30/07/1998, p. 13.

Directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO L 204, 21/07/1998, p. 37.

Directive 98/84/CE du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, JO L 320 du 28 /11/1998, p. 54.

Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, L 13, 19/01/2000, p. 12.

Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 1.

Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, JOCE L 106/1 du 17/04/2001, p. 1.

Directive 2001/115/CE du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée, JO n° L 15 du 17/01/2002, p. 24.

Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), JO L 108, 24/04/2002, p. 7

Directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), JO L 108, 24/04/2002, p. 21.

Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive cadre), JO L 108, 24/04/2002, p. 33.

Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JOCE L 108 du 24/04/2002, p. 51.

Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), JOUE du 31/07/2002, p. 42.

Directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés de réseaux et des services de communications électroniques, JO L 249, 17/09/2002, p. 21.

Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JOUE L 157 du 26/06/2003, p. 38.

Directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, JOUE L 345/90 du 31/12/2003, p. 90.

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 AVRIL 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, Journal officiel n° L 157 du 30/04/2004 p. 45.

Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), JOUE L 149/22 du 11/06/2005, p. 22 .

Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO n° L 269, 11/11/1995, p. 23.

Directive 2006/24/CE sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO L 105 du 13 avril 2006, p. 54 (invalidée par CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié).

Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, Journal officiel n° L 376 du 27/12/2006 p. 36.

Directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes , Journal officiel n° L 179 du 08/07/2008 p. 5.

Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale , JOUE n° L 350 du 30/12/2008 p. 60.

Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, JOUE L 337 du 18 12 2009, p. 11.

Directive 2010/45/UE du Conseil du 13 juillet 2010 modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne les règles de facturation, JOUE n° L189 du 22/07/2010, p. 1.

Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, Journal officiel n° L 064 du 11/03/2011 p. 01.

#### **d) Décisions et actes *sui generis***

Décision 95/468/CE du Conseil, du 6 novembre 1995, concernant la contribution communautaire à l'échange télématique de données entre administrations dans la Communauté (IDA), Journal officiel n° L 269 du 11/11/1995 p. 0023 – 0025.

Décision n° 1719/1999/CE du Parlement et du Conseil du 12 juillet 1999 définissant un ensemble d'orientations, ainsi que des projets d'intérêt commun, en matière de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA), JO L 203 du 3.8.1999, p. 1–8.

Décision 1720/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 1999 adoptant un ensemble d'actions et de mesures visant à assurer l'interopérabilité de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA) et l'accès à ces réseaux, JO L 203 du 3.8.1999, p. 9–13.

Décision 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, JO L215 du 25 08 2000, p.7.

Décision n° 2001/497/CE de la Commission du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE, JOCE L 181 du 4 juillet 2001, p. 19.

Décision n° 2002/16/CE de la Commission du 27 décembre 2001, JOCE L 6 du 10 janvier 2002.

Décision n° 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, JOCE L 63 du 6 mars 2002, p. 1–13.

Rectificatif à la décision 2004/387/CE de la Commission du 28 avril 2004 - Décision 2004/387/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative à la fourniture interopérable de services paneuropéens d'administration en ligne aux administrations publiques, aux entreprises et aux citoyens (IDABC) (JO L 144 du 30.4.2004), Journal officiel n° L 181 du 18/05/2004 p. 0025 – 0035.

Décision 2004/496/CE du Conseil, du 17 mai 2004, concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, JOUE L 183, 20/05/2004 p. 83.

Dispositions du règlement intérieur d'Eurojust relatives au traitement et à la protection des données à caractère personnel (Texte adopté à l'unanimité par le collège d'Eurojust lors de sa réunion du 21 octobre 2004 et approuvé par le Conseil le 24 février 2005), JO C 68 du 19.3.2005, p. 1.

Décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne, Journal officiel n° L 386/89, 29 décembre 2006.

Décision 2008/49/CE de la Commission du 12 décembre 2007 relative à la protection des données à caractère personnel dans le cadre de la mise en œuvre du Système d'information du marché intérieur (IMI) [notifiée sous le numéro C(2007) 6306], Journal officiel n° L 013 du 16/01/2008 p. 18.

Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, p. 1–11.

Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, Journal officiel n° L 350 du 30/12/2008 p. 0060 – 0071.

Décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), Journal officiel n° L 121 du 15/05/2009 p. 37.

Décision du conseil d'administration d'Europol du 4 juin 2009 sur les conditions relatives au traitement des données sur la base de l'article 10, paragraphe 4, de la décision Europol, JO L 348 du 29.12.2009, p. 1.

Décision 2009/750/CE de la Commission du 6 octobre 2009 relative à la définition du service

européen de télépéage et à ses aspects techniques [notifiée sous le numéro C(2009) 7547] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel n° L 268 du 13/10/2009 p. 11.

Décision 2009/917/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, JO L 323 du 10.12.2009, p. 20.

Résolution législative du Parlement européen du 8 juillet 2010 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (11222/1/2010/REV 1 et COR 1 – C7-0158/2010 – 2010/0178(NLE)), Journal officiel n° C 351 E du 02/12/2011 p. 453.

Décision 2010/412 du Conseil du 13 juillet 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme - Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, Journal officiel n° L 195 du 27/07/2010 p. 3.

Décision 2011/61/UE de la Commission du 31 janvier 2011 constatant, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel assuré par l'État d'Israël concernant le traitement automatisé des données à caractère personnel [notifiée sous le numéro C(2011) 332] Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

Décision 2011/547/UE du Conseil du 12 septembre 2011 concernant le lancement de l'échange automatisé de données relatives à l'immatriculation des véhicules en Roumanie, JO L 242 du 20.9.2011, p. 8.

#### **e) Travaux et actes non normatifs**

Programme général du 28 mai 1969 en vue de l'élimination des entraves techniques aux échanges résultant de disparités entre les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, JOCE C 76 du 17 juin 1969, p. 1.

Résolution du Conseil du 15 juillet 1974 concernant une politique communautaire de l'informatique, JOCE du 20 juillet 1974, n° C. 86/1, p.1.

Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Journal officiel n° C 092 du 25/04/1975 p. 0002 – 0016.

Livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble, COM (84) 300, 14 juin 1984

Communication de la Commission du 31 janvier 1985 au Conseil et au Parlement européen, *Harmonisation technique et normalisation: une nouvelle approche*, COM (1985) 19 final du 30 janvier 1985.

Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, 20 juin 1985, COM (85) 310 final.

Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final.

Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'information, 12 septembre 1990, COM (90) 314

Déclaration n° 17 annexée à l'acte final du traité sur l'Union européenne, 7 février 1992, JOCE, C

191 du 29 juillet 1992.

Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur la transparence, la démocratie et la subsidiarité, 25 octobre 1993, Bulletin CE, 1993, n° 10.

Code de conduite concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission, JOCE, L 340 du 31 décembre 1993, p. 41.

Résolution du Parlement européen du 8 avril 1976 relative à la protection des droits de la personne face au développement des progrès techniques dans le domaine de l'informatique, JOCE C 100 du 3 mai 1976

Résolution du Parlement européen du 8 mai 1979 relative à la protection des droits de la personne face au développement des progrès techniques dans le domaine de l'informatique, JOCE C 140 du 5 juin 1979

Proposition de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, COM (1990) 314 final du 13 septembre 1990, p.10.

Résolution du Conseil du 19 janvier 1999 relative aux aspects de la société de l'information concernant les consommateurs, JOCE du 28 janvier 1999, pp.1-3.

Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2000 sur le projet de décision de la Commission relative à la pertinence des niveaux de protection fournis par les principes de la «sphère de sécurité» et les questions souvent posées y afférentes, publiées par le ministère du commerce des États-Unis.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement du 16 décembre 2003, Transfert des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR): Une démarche globale de l'Union européenne, COM(2003) 826 final.

Rapport du Parlement Européen du 7 avril 2004 sur la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, A5-0271/2004.

Communication du Conseil, Le programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JOUE C 53/01 du 3 mars 2005.

Proposition de Décision-cadre du Conseil relative à l'échange d'informations en vertu du principe de disponibilité, COM (2005) 490 final du 12 octobre 2005.

Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM(2006) 744 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un marché unique pour l'Europe du 21ème siècle, 20 novembre 2007, COM (2007) 725 final.

Communication de la Commission du 6 novembre 2008, Procurer les avantages du marché unique en renforçant la coopération administrative, COM(2008) 703 final.

Parlement européen, Résolution du 6 juillet 2006 sur l'interception des données des virements bancaires du système SWIFT par les services secrets américains, P6\_TA-PROV(2006)0317).

Parlement européen, résolution du 17 septembre 2009 sur l'accord international envisagé pour mettre à la disposition du ministère du Trésor des États-Unis des données de messagerie financière afin de prévenir et de combattre le terrorisme et le financement du terrorisme, Textes adoptés de cette date, P7\_TA(2009)0016.

Accord du 30 novembre 2009 entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis d'Amérique aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, Journal officiel n° L 008 du 13/01/2010 p. 11.

Parlement européen, commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteuse: Jeanine Hennis-Plasschaert (A7-0013/2010), Recommandation sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (05305/1/2010REV – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE)).

Parlement européen, résolution législative du 11 février 2010 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (05305/1/2010 REV 1 – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE)), Textes adoptés de cette date, P7\_TA(2010)0029.

Parlement européen, résolution législative du 5 mai 2010 sur la recommandation de la Commission au Conseil relative à l'ouverture de négociations en vue d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur la mise à la disposition du département du Trésor des États-Unis de données de messagerie financière afin de prévenir et de combattre le terrorisme et le financement du terrorisme, Journal officiel n° C 081 E du 15/03/2011 p. 66.

Avis du Contrôleur européen de la protection des données du 22 juin 2010 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (TFTP II), Journal officiel n° C 355 du 29/12/2010 p. 10.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne», 4 novembre 2010, COM(2010) 609 final.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final.

Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures (2013/2188(INI)).

## **f) Décisions des juridictions de l'UE**

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, Rec. 1974, p. 00409.

CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c/ Commission*, aff. 4/73, Rec. 1977, p. 00001.

CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, Rec. 1974, p. 837.

CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, Rec. 1975, p. 1219.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. C-120/78, Rec. 1979, p. 649.

CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commission des CE*, aff. 136/79, Rec. 1980, p.

2033.

CJCE, 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb Membran GmbH c/ GEMA*, aff. 55 et 57/80, Rec. 1981, p. 00147.

CJCE, 17 juin 1981, *Commission c/ Irlande*, aff. 113/80, Rec. 1981, p. 1625.

CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, aff. 279/80, Rec. 1981, p. 3305.

CJCE, 5 mai 1982, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV c/ Inspecteur des droits d'importation et des accises, de Roosendaal*, aff. 15/81, Rec. 1982, p. 1409.

CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c/ Pays-Bas*, aff. 352/85, Rec. 1988, p. 2085.

CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osaakeyhtiö e.a. c/ Commission*, aff. C-89/85, Rec. 1988, p. 05193.

CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, Rec. 1989, p. 2609.

CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c/ Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec. 1989, p. 2859.

CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c/ République Hellénique*, aff. 68/88, Rec. 1989, p. 2965.

CJCE, 11 juin 1991, *Athanasopoulos e.a. C/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-251/89, Rec. 1991, p. I-02797.

CJCE, 18 juin 1991, *ERT c/ DEP*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-02925.

CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas et PTT Nederland c/ Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-66/90, Rec. 1992, p. I-00565.

CJCE, 29 juin 1994, *Fiskano c/ Commission*, C-135/92, Rec. 1994, p. I-02885.

CJCE, 5 octobre 1994, *P-X c/ Commission*, aff. C-404/92 P, Rec. 1994, p. I-04737.

CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments c/ Ministrer van Financiën*, aff. C-384/93, Rec. 1995, I, p. 01141.

CJCE, 24 octobre 1996, *Commission c/ Lisrestal e.a.*, C-32/95 P, Rec. 1996, p. I-05373.

CJCE, Avis 2/94 du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rec. 1996, p. I-01759.

CJCE, 22 octobre 1998, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. C-184/96, Rec. 1998, I p. 06197.

CJCE, 17 décembre 1998, *Bausthalgewebe c/ Commission des CE*, aff. C-185/95 P, Rec. 1998, p. I-08417.

CJCE 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, Rec. 2000, p. I-02737.

CJCE, 14 septembre 2000, *Fischer*, aff. C-369/98, Rec. 2000, p. I-06751.

CJCE, 21 septembre 2000, *Mediocurso c/ Commission*, C-462/98 P, Rec. 2000, p. I-07183.

CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, Rec. 2000, p. I-09305.

CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, Rec. 2002, p. I-11453.

CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Rec. 2003, p. I-04989.

CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-05659.

TPI, 9 juillet 2003, *Vlaams Fonds voor Sociale Integratie van Personen met een Handicap c/ Commission*, T-102/00, Rec. 2003, p. II-02433.

CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, Rec., 2003, p. I-12971.

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, Rec. 2004, p. I-09609.

CJCE, gr. ch., 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. jtes C-317/04 et C-318/04, Rec. 2006, p. I-04721.

TPI, 8 novembre 2007, *Bavarian Lager c/ Commission*, aff. T-194/04, Rec. 2007, p. II-04523.

CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, Rec. 2007, p. I-10779.

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, Rec. 2007, p. I-11767.

CJCE, gr. ch., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-137/05, Rec. 2007, p. I-11593.

CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, Rec. 2008, p. I-00271.

CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. 2008, p. I-06351.

CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Huber*, aff. C-524/06, Rec. 2008, p. I-09705.

CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, aff. C-73/07, Rec. 2008, p. I-09831.

CJCE, 7 mai 2009, *Rijkeboer*, aff. C-553/07, Rec. 2009, p. I-03889.

TFPUE, troisième chambre, 16 septembre 2009, *Vinci c/ BCE*, aff. F-130/07, Rec. 2009 FP-I-A-1-00307 ; FP-II-A-1-01651.

CJUE, gr. ch., 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, Rec. 2010, p. I-01885.

CJUE, gr. ch., 29 juin 2010, *Commission c/ Bavarian Lager*, affaire C-28/08 P, Rec. 2010, p. I-06055.

CJUE, gr. ch., 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-482/08, Rec. 2010, p. I-10413.

CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jntes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063.

CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10, Rec. 2011, p. I-11959.

TPI, 7 juillet 2011, *Valero Jordana contre Commission européenne*, aff. T-161/04, Rec. 2011, p. II-00215.

CJUE, 16 février 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV*, aff. C-360/10, Rec. numérique.

CJUE, gr. ch., 16 octobre 2012, *Commission c/ Autriche*, aff. 614/10, Recueil numérique.

CJUE, 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV*, aff. C-184/12, non encore publié.

CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, aff. C-314/12, non encore publié.

CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-288/12, non encore publié.

CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a*, aff. C-293/12 et C-594/12, non encore publié.

CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, aff. C-131/12, non encore publié.

## **g) Avis et documents de travail du groupe de l'article 29**

Avis 10/2006 adopté le 22 novembre 2006 sur le traitement des données à caractère personnel par la Société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT), WP 128.

Groupe de travail «Article 29» sur la protection des données, Avis n° 4/2007 du 20 juin 2007 sur le concept des données à caractère personnel, 01248/07/FR, WP 136, 29 p.

Groupe de travail «Article 29» sur la protection des données, L'avenir de la protection de la vie privée, Contribution conjointe à la consultation de la Commission européenne sur le cadre juridique du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel en date du 1er décembre 2009, 02356/09/FR, WP 168, 32 p.

## **7) Textes et décisions de l'UIT**

### **a) Conventions**

Convention télégraphique internationale de Paris (1865), in Documents diplomatiques de la conférence télégraphique internationale de Paris, Paris, Imprimerie impériale, 1865, pp. 1-41.

Convention télégraphique internationale de Paris, révisée à Vienne (1868), in Documents de la conférence télégraphique internationale de Vienne, Vienne, Imprimerie impériale et royale de la Cour et de l'État, 1868, pp. 1-48.

Convention télégraphique internationale, révisée à Rome (1872), in *Documents de la Conférence télégraphique internationale de Rome*, Bureau international des administrations télégraphiques, Berne, Imprimerie Rieder & Simmen, 1872, pp. 1-27.

Convention télégraphique internationale de Saint-Pétersbourg et Règlement et tarifs y annexés (1875), in Documents de la Conférence télégraphique internationale de St-Pétersbourg, Bureau international des administrations télégraphiques, Berne, Imprimerie Rieder & Simmen, 1876, pp. 1-12.

Convention internationale des télécommunications de Madrid (1932), Berne, Bureau international de l'union télégraphique, 1933.

Convention internationale des télécommunications d'Atlantic City (1947), Berne, Bureau de l'Union internationale des télécommunications, 1947.

Convention internationale des télécommunications de Montreux (1965), Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, Genève.

Convention internationale des télécommunications de Malaga-Torremolinos (1973), Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, Genève.

Convention internationale des télécommunications de Nairobi (1982), Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, Genève.

Constitution et Convention de l'Union internationale des télécommunications , in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires de Nice (1989), UIT, Genève, 1990.

Constitution et Convention de l'Union internationale des télécommunications, in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires additionnelle de Genève (1992), UIT, Genève, 1993.

Instrument d'amendement à la Constitution et à la Convention de l'Union internationale des télécommunications (Genève, 1992) , in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires de Kyoto (1994), UIT, Genève, 1995.

Instruments d'amendement à la Constitution et à la Convention de l'Union internationale des télécommunications (Genève, 1992) telles qu'amendées par la Conférence de plénipotentiaires (Kyoto, 1994), in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires de Minneapolis (1998), UIT, 1999.

Instruments d'amendement à la Constitution et à la Convention de l'Union internationale des télécommunications (Genève, 1992) telles qu'amendées par la Conférence de plénipotentiaires (Kyoto, 1994) et par la Conférence de plénipotentiaires (Minneapolis, 1998), in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires de Marrakech (2002), UIT, 2003.

Instrument d'amendement à la Constitution et à la Convention de l'Union internationale des télécommunications (Genève, 1992) telle qu'amendée par la Conférence de plénipotentiaires (Kyoto, 1994), par la Conférence de plénipotentiaires (Minneapolis, 1998) et par la Conférence de plénipotentiaires (Marrakech, 2002), in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires d'Antalya (2006), UIT, 2006.

Instrument d'amendement à la Constitution de l'Union internationale des télécommunications (Genève, 1992) telle qu'amendée par la Conférence de plénipotentiaires (Kyoto, 1994), par la Conférence de plénipotentiaires (Minneapolis, 1998), par la Conférence de plénipotentiaires (Marrakech, 2002) et par la Conférence de plénipotentiaires (Antalya, 2006), in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires de Guadalajara (2010), UIT, 2010.

## **b) Rapports et documents de travail**

Le chaînon manquant, Rapport de la Commission indépendante pour le développement mondial des télécommunications, UIT, 1984.

## **8) Autres textes et décisions**

CPJI, Arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, Série I, n°10.

CPJI, Arrêt du 12 décembre 1934, *Affaire Oscar Chinn*, série A/B, n° 63.

## **C/ Textes et jurisprudences d'États étrangers**

### **CEDEAO :**

Acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO, signé à Abuja le 16 février 2010.

### **Cour constitutionnelle allemande :**

BverfGE 7, 198, 15 janvier 1958, *Lüth*, p.205.

BverfGE, 37, 29 mai 1974, *Solange I*, p. 271.

BverfGE, 73, 22 octobre 1986, « *Solange II* », p. 339.

BverfGE, 89, 12 octobre 1993, *Maastricht*, p. 155.

**Cour constitutionnelle hongroise :**

Cour constitutionnelle hongroise, 9 avril 1991, Décision n° 15/1991, IV. 13, AB, Recueil ABH 1991, 40.

**Cour constitutionnelle italienne :**

*Granital*, arrêt n° 170, 8 juin 1984.

*Fragd*, arrêt n° 232, 21 avril 1989.

**Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique :**

*Banatan Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963)

*Katz. v. États-Unis* (1967) 389 U.S. 347, p. 361.

*Krottner v. Starbucks Corp.*, 628 F.3d 1139, 1140 (9<sup>th</sup> Cir. 2010).

## Index

### A

#### **Administration :**

- directe, 133, 134, 136
- indirecte, 132-137, 141, 638

**Aire de partage des renseignements personnels, 136, 139, 140, 617, 618**

**Arbitraire, 487-490**

**Assistance administrative internationale, 141, 144, 632**

**Autodétermination informationnelle, 473-485**

**Autorité administrative indépendante, 41-46, 205, 231, 264, 291, 546-547**

### C

**Charte des droits fondamentaux de l'UE, 47, 447, 503, 519-522, 546, 554-559**

**Commission nationale de l'informatique et des libertés, 32, 41-46, 228-245, 294-302, 349-354, 542-547**

**Consentement à un traitement de données personnelles, 51-53, 255-263, 281, 559-564**

**Convention de police, 287, 364, 372, 381, 384, 583, 629, 631**

**Convention n° 108, 34, 223, 430-433**

**Cybernétique, 23, 88-97, 122, 293**

### D

**Dignité, 466-485**

**Donnée personnelle, 15**

**Donnée sensible, 417-421**

**Droit à la protection des données personnelles, 14-17, 47, 441, 504, 518-523, 539-553, 559**

**Droit administratif civil, 324**

**Droit administratif européen**, 133, 134, 273, 368, 495, 617

**Droit administratif global**, 133, 367, 368

**Droit administratif international**, 133, 150, 367, 369, 382

**Droit-créance**, 520, 540, 548, 639

**Droit de la concurrence**, 53, 244, 317, 323, 356, 392, 393, 596-898

**Droit de la consommation**, 331-334, 345-349, 398-413, 542-543

**Droit des données personnelles**, 14-17, 639-642

**Droit international administratif**, 132, 133, 367-369

**Droit international privé**, 271, 373-375, 386-398, 524-527

**Droits de la personnalité**, 50, 52, 428, 564-573

## **E**

**Échange automatique de données**, 135-147, 615, 620

**Échelle de policarité**, 354-363

**Économie des données personnelles**, 53, 256

## **F**

**Fichier**, 18, 92-95, 104-121

## **G**

**Géolocalisation**, 112, 132, 160, 491, 493

## **I**

**Informatique**, 17-20, 25-34, 79-98

**Information**, 23-25, 91-95, 149, 180-183

**Institution**, 79, 83, 89-91, 96, 97

**Internet**, 23-25, 154-171, 186-194

## **L**

**Liberté d'administration**, 79, 91, 96, 98-104, 113, 121, 132, 148, 171, 197, 213, 399, 613-619, 637

**Libre-circulation des données personnelles**, 224, 225, 584-613

**Libre-circulation de l'information**, 23-25, 149, 163, 180-183

**Liberté d'entreprendre**, 67, 99, 125-131, 596

**Liberté d'expression**, 178-199

**Liberté de prestation de services**, 149-178, 183-186, 194-199

**Libre-disponibilité des données personnelles**, 116, 135, 224, 613-620

**Liberté publique**, 66-72, 201-221

**Loi de police au sens du droit international privé**, 268-278, 375-399, 584, 613

## **M**

**Marché intérieur**, 532, 586, 598

**Mesure d'ordre intérieur**, 104, 107, 108, 148, 617

## **N**

**Nuisance**, 212, 214, 506-510

## **O**

**Ordre public (exception d')**, 271, 289, 393, 513-515, 524-539

**Ordre public général**, 62, 63, 305, 389

**Ordre public économique**, 303, 305-309, 333

**Ordre public spécial**, 62-67, 71, 303-305, 399, 507-509, 512, 513

## **P**

**PNR (accords Passenger Name Record), 629-633**

**Police, 57-62**

**Police administrative générale, 62-69, 303, 311, 510**

**Police administrative spéciale, 62-71, 227, 290, 302-323, 355, 363, 380, 505, 646**

**Police administrative civile, 325, 331, 333, 335, 349**

**Police civile administrative, 324, 325, 333, 346**

**Police internationale administrative, 384**

**Pouvoir, 90, 98, 104, 126-132, 210-216, 506-509**

**Pouvoir discrétionnaire, 99-104**

## **R**

**Régulation, 41-46, 290-294, 302,303, 313-323, 355, 645, 646**

## **S**

**Safe Harbor, 284-288, 557, 558**

**Sanction administrative, 237-244**

**Service public international, 149-158**

**Société de l'information, 23-25, 173, 174, 191, 194, 195, 476, 608**

**SWIFT, 633-637**

## **T**

**Transparence, 485-500**

## **U**

**Union internationale des télécommunications, 154-158, 165-168, 173**

**V**

**Vie privée, 46-53, 403-463, 471-472, 490-493, 564-571**



## Table des matières

Introduction.....	11
Section 1 – Le droit des données personnelles : un objet flou et des enjeux ambivalents.	14
§1 – La réglementation de l'activité informatique, objet du droit des données personnelles.....	14
A/ Le sens de l'expression « droit des données personnelles ».....	14
B/ L'objet du droit des données personnelles : la réglementation de l'activité informatique.....	17
§2 – L'ambivalence des enjeux du droit des données personnelles.....	20
A/ En droit interne : une survalorisation de la protection de la personne fichée.....	20
1) La réalité d'un intérêt général attaché au développement de l'informatique. .20	
a) L'enjeu : la liberté de l'informatique.....	20
b) La conséquence de la liberté de l'informatique : la société de l'information .....	23
2) Un intérêt général dilué dans un contexte individualiste.....	25
B/ En droit international : une prise en compte ambivalente.....	34
1) L'esprit de pondération des instruments relatifs aux données personnelles....	34
2) Une promotion institutionnelle et prétorienne de la protection de la personne fichée.....	36
Section 2 – Une clarification nécessaire des enjeux du droit des données personnelles....	39
§1 – Une appréhension restrictive des enjeux du droit des données personnelles.....	39
A/ En droit des données personnelles.....	39
B/ En droit public général.....	41
1) Dans les développements consacrés aux AAI.....	41
a) Une hypothèse binaire peu opérationnelle.....	42
b) Une hypothèse ternaire perfectible.....	45
2) Dans les développements consacrés à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.....	46
C/ En droit privé.....	51
D/ En économie et en analyse économique du droit.....	53
§2 - Une clarification par le recours à la notion de police administrative spéciale.....	56
A/ L'objet de la police : la réalisation concrète de la liberté.....	57
1) Sous l'angle de la science-politique : la police comme discipline du libéralisme .....	57
2) Sous l'angle du droit public : la police comme institution primaire de l'ordre libéral.....	59
B/ L'objet des polices administratives spéciales : la consécration et l'aménagement de libertés spécifiques.....	62
1) La police administrative spéciale, élément daté de la notion de police administrative .....	62
2) Les polices administratives spéciales, procédés disciplinaires des libertés publiques.....	66

Première partie.....	73
LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES, OBJET D'UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE.....	73
Titre 1.....	75
LES FONDEMENTS DE LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES.....	75
Chapitre 1 – Une exigence institutionnelle.....	79
Section 1 – Un principe mis en lumière par la science administrative.....	79
§1- Le constat de départ d'un « déterminisme informatique ».....	79
§2 - Un déterminisme impliqué par le phénomène institutionnel.....	83
A/ L'informatique comme moyen de la réforme de l'État.....	83
B/ L'informatique comme élément essentiel de toute organisation .....	88
1) Maurice Hauriou, précurseur des sciences de l'information et de la communication.....	89
2) L'apport décisif des théories cybernétiques dans la définition de l'informatique .....	91
a) L'antériorité de l'approche historique des traitements de données personnelles.....	92
b) Une approche historique validée a posteriori d'un point de vue théorique .....	95
Section 2 – Un principe traduit en droit positif.....	98
§1 - Une notion implicite en droit interne .....	98
A/ Une liberté d'administration des personnes publiques.....	99
1) Une liberté fondée sur une exigence institutionnelle.....	100
a) L'identification des formes prises par la liberté d'administration : la notion de pouvoir discrétionnaire.....	100
b) Les implications de la notion de liberté d'administration : le traitement de données personnelles est une mesure d'ordre intérieur.....	104
c) Une liberté confirmée a posteriori pour les personnes publiques.....	110
c-1) Une liberté se traduisant par une mise en œuvre privilégiée par voie réglementaire.....	111
c-2) Une liberté confirmée à l'égard du traitement réputé le plus liberticide: l'interconnexion de données.....	113
2) Un fondement systématisé par les lois encadrant l'action publique.....	121
B/ Un principe fondé sur la liberté d'entreprise.....	125
1) Une liberté et non uniquement un pouvoir de l'employeur.....	126
2) Un prolongement de la liberté de gestion et du pouvoir de contrôle.....	128
§2 - Une notion explicite en droit international .....	132
A/ L'émergence d'un modèle d'administration internationale indirecte.....	133
B/ Un développement impliquant par principe l'échange d'informations .....	135
1) Le principe de l'aire de partage de renseignements personnels.....	136
2) La constitution contemporaine d'aires européennes de partage de renseignements personnels.....	141
a) En matière de coopération administrative générale .....	141
b) En matière de coopération administrative fiscale.....	143
c) En matière de coopération administrative policière et pénale.....	144
Chapitre 2 – Le principe de libre-circulation de l'information.....	149
Section 1 – Un fondement originel: la liberté de prestation de services.....	149

§1 – Une liberté initialement impliquée par le service public international des communications dématérialisées.....	149
A/ L'existence d'un service public international de communication.....	150
1) La notion de service public international.....	150
2) Les communications dématérialisées, service public international .....	154
B/ Un service public international impliquant la liberté de traiter des données personnelles.....	158
§2 – Une libre circulation de l'information systématisée dans le cadre de la libéralisation du commerce international des services.....	163
A/ L'émergence d'une problématique commune à l'UIT et à l'OMC.....	165
1) Les communications comme préalable au développement international économique.....	166
2) Les communications comme objet du développement international économique.....	168
a) Les communications, objets et moyens de la prestation de service.....	169
b) Les communications, support de la prestation de service.....	171
B/ L'assimilation corrélatrice de la réglementation des données personnelles à des barrières non tarifaires.....	174
Section 2 – Un fondement complémentaire récent: la liberté d'expression .....	178
§1 – Une déduction contrariée par une conception restrictive de la liberté d'expression .....	180
§2 - Une déduction favorisée par une conception contemporaine de la liberté d'expression.....	183
A/ La liberté d'expression, liberté économique.....	183
B/ La liberté d'expression, liberté concrétisée.....	186
C/ La liberté d'expression aujourd'hui : une liberté osmotique.....	191
1) La liberté d'expression comme fondement éventuel d'un service public de l'internet.....	191
2) Le caractère difficilement dissociable de la liberté d'expression et de la liberté de prestation de services.....	194
Titre 2.....	199
LE REGIME DE LA LIBERTE DE TRAITEMENT DES DONNEES PERSONNELLES.....	199
Chapitre 1 – Une liberté difficilement consacrée.....	201
Section 1 – Une consécration implicite dans l'ordre interne.....	201
§1 – Une liberté innommée.....	201
A/ Une liberté publique classique.....	202
B/ Une qualification entravée par une conception métonymique du droit des données personnelles.....	207
§2 – Une liberté non nommée.....	208
A/ La liberté de traitement des données personnelles, pouvoir et liberté.....	210
B/ L'argumentation secondaire refusant à la liberté de traitement des données personnelles la qualification de liberté publique.....	216
1) Une liberté sans nom.....	216
2) Une liberté majoritairement exercée par des personnes morales.....	217
3) Une liberté de second rang.....	219
Section 2 – Une consécration explicite mais concurrencée dans l'ordre international ...	221
§1 - Une formulation implicite en droit international.....	221

§2 - Une formulation plus explicite en droit de l'Union européenne.....	224
A/ La consécration d'un principe de libre circulation des données personnelles....	224
B/ La consécration d'un principe de libre disponibilité des données personnelles.	225
Chapitre 2 – L'aménagement de la liberté de traitement des données personnelles.....	227
Section 1 – Un aménagement réalisé dans le cadre d'une police administrative spéciale	227
§1 – L'aménagement de la liberté de traitement des données personnelles dans l'ordre	227
interne.....	227
A/ La pérennité des procédés classiques de police administrative.....	228
1) Un aménagement limité de la liberté de traitement des données personnelles	229
.....	229
2) Un régime exceptionnellement contraignant à l'égard de la liberté de	232
traitement des données personnelles.....	232
B/ Un régime de plus en plus libéral grâce à des procédés policiers de substitution	234
.....	234
1) Les mesures compensatoires libérales.....	235
a) Le renforcement de l'obligation d'information de la CNIL.....	236
b) L'instauration de sanctions administratives.....	237
b-1) Le fondement : l'ineffectivité de la répression pénale.....	238
b-2) Un procédé inséparable d'un régime de police administrative spéciale	241
.....	241
2) Les nouvelles mesures compensatoires.....	245
a) La participation du contrôlé à son propre contrôle.....	245
a-1) Le fondement.....	246
a-2) La privatisation des procédures de déclaration préalable.....	250
a-3) La privatisation des procédures d'autorisation préalable.....	255
b) Des modalités de contrôle extra juridiques.....	263
b-1) Le recours au droit mou.....	263
b-2) Le recours à la technique comme substitut à la règle de droit.....	265
§2 – L'aménagement de la liberté de traitement des données personnelles dans l'ordre	268
international.....	268
A/ Une qualification hésitante de loi de police pour les instruments de première	268
génération .....	268
B/ Une qualification certaine de loi de police pour les instruments de deuxième	272
génération .....	272
1) La communautarisation de la notion de loi de police.....	273
2) Un régime permissif de contrôle des flux transfrontières.....	278
a) Le principe: l'interdiction des flux transfrontières de données personnelles	279
vers des États ne garantissant pas un niveau adéquat de protection.....	279
b) La réalité d'un régime permissif.....	281
b-1) Les exceptions d'origine à l'interdiction d'exportation de données	281
personnelles.....	281
b-2) Les exceptions contractuelles ultérieures à l'interdiction d'exportation	284
de données personnelles.....	284
Section 2 – Un aménagement ne pouvant être qualifié de régulation.....	290
§1 – La pertinence relative du terme de régulation.....	290
A/ La considération du droit des données personnelles comme d'une régulation : un	

progrès.....	291
1) Définition de la notion régulation.....	291
a) La régulation, concept visant la réalisation d'un équilibre.....	291
b) La régulation, concept fédérateur.....	293
2) Un progrès apporté à la clarification du droit des données personnelles.....	294
a) L'hypothèse de la juxtaposition des deux fonctions de la CNIL.....	295
b) L'hypothèse de l'articulation des deux fonctions de la CNIL.....	296
B/ L'emploi du terme de régulation, progrès limité au regard du concept de police administrative spéciale.....	302
1) La régulation, ersatz de police administrative spéciale.....	303
a) L'oubli de la plasticité du fondement des polices administratives spéciales.....	303
a-1) L'ordre public spécial, notion plastique.....	303
a-2) L'ordre public économique, variante non novatrice de l'ordre public spécial.....	305
b) L'oubli de la plasticité des procédés des polices administratives spéciales.....	309
2) La régulation, symptôme de l'oubli de l'État.....	313
a) Un concept entérinant la rupture du lien entre action publique et État....	313
b) Un concept entérinant la rupture du lien entre l'action publique et la notion de liberté.....	317
c) Un concept prospérant sur l'insularité de la police administrative en droit public.....	318
§2 – La nécessité corrélatrice d'une évolution de la notion de police administrative spéciale.....	323
A/ La privatisation de la notion de police administrative spéciale.....	323
1) Les polices administratives civiles par acclimatation.....	325
a) Les polices administratives civiles classiques : l'exemple de l'état civil.....	326
b) Les polices administratives civiles postmodernes : l'exemple de la police de la consommation.....	331
2) Les polices administratives civiles par leur procédé.....	334
a) L'existence de deux étapes indissociables dans le cadre d'un contrôle de police administrative spéciale : l'examen de la légalité et de la licéité.....	335
b) Un contrôle de légalité identique.....	339
b-1) Une application des techniques des libertés publiques indifférente à la distinction droit public/droit privé.....	340
b-1-1) La raison d'une telle indifférence : la considération de la liberté contractuelle comme d'une liberté publique.....	340
b-1-2) L'application corrélatrice d'un régime de liberté publique classique.....	343
b-2) Une indifférence ostensible à la séparation droit public/droit privé en droit de la consommation.....	345
c) Un contrôle de licéité identique : le contrôle de l'abus de liberté.....	349
c-1) Un contrôle de l'abus non spécifique au droit public.....	350
c-2) Un contrôle de l'abus effectué en droit privé dans le cadre de la police du contrat.....	353
3) Une privatisation du phénomène policier impliquant la mise au jour d'une	

échelle de policierité.....	354
a) L'enjeu : réintégrer l'effrangement des polices administratives spéciales dans le giron de la police, au détriment de la notion de régulation.....	355
b) Le moyen : la mise en œuvre d'une échelle graduée d'intensité d'atteinte à une même liberté.....	357
a-1) Les raisons de l'absence d'une telle échelle.....	358
a-2) Définition d'une échelle de policierité.....	360
B/ L'internationalisation de la notion de police administrative spéciale.....	363
1) Une internationalisation oubliée du droit administratif.....	364
2) Une ignorance corrélative de l'internationalisation des polices administratives.....	371
a) Une appartenance contrariée au droit administratif international à raison de sa captation par le droit international privé.....	373
a-1) Un concept dérogoaire au droit commun du droit international privé.....	373
a-2) Un concept de droit privé d'origine publiciste.....	375
b) Les lois de police, polices administratives internationales spéciales.....	380
b-1) Un objet de police : la réglementation d'une liberté internationale spécifique.....	381
b-2) Une communauté de fonction : la prévention d'un conflit de lois.....	386
Deuxième partie.....	401
LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES, FONDEMENT D'UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE.....	401
Titre 1.....	403
LA PRESERVATION D'UNE SOCIETE DEMOCRATIQUE.....	403
Chapitre 1 – L'assimilation de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée.....	405
Section 1 – Une assimilation justifiée par une apparente similarité de contenu.....	405
§1 – Une assimilation observable en droit constitutionnel.....	405
A/ Une assimilation avérée dans les projets de révision constitutionnelle.....	405
B/ Une assimilation avérée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	408
1) Une phase de rattachement direct à un fondement unique.....	408
a) Le rattachement à la liberté personnelle.....	408
b) Le rattachement à la liberté individuelle.....	410
2) Le rattachement de la protection des données personnelles au droit au respect de la vie privée.....	411
a) Un rattachement transitoire aux valeurs conjointes de respect de la vie privée et de la liberté individuelle.....	412
b) Un rattachement apparemment exclusif à la vie privée.....	413
§2 – Une assimilation observable dans la jurisprudence de la CEDH.....	417
A/ Une assimilation naturelle via la notion de donnée sensible.....	417
B/ Une assimilation plausible du fait de la mutation de la notion de vie privée.....	421
1) La mutation spatiale et fonctionnelle de la notion de vie privée.....	422
2) Une mutation de la notion de vie privée multipliant les points de convergence avec le droit des données personnelles.....	424
a) Les points de convergence.....	424
b) Un point de divergence : le respect de la présomption d'innocence.....	427

Section 2 – Une assimilation partiellement consacrée des instruments.....	429
§1 - Une assimilation fonctionnelle .....	430
A/ Les assimilations fonctionnelles partielles.....	430
B/ Une assimilation fonctionnelle systématisée en droit du Conseil de l'Europe....	432
1) La Convention n° 108 : un instrument peu effectif per se.....	432
2) Des carences compensées par l'intégration de la Convention n° 108 au sein des normes de contrôle de la CEDH.....	435
§2 - Une assimilation stratégique du droit des données personnelles au droit à la vie privée en droit de l'UE.....	441
A/ Une affirmation textuelle de l'autonomie de ces deux droits.....	441
1) Une affirmation précoce caractérisée par l'utilisation de normes externes spécifiques.....	441
2) Une autonomie confirmée par le droit de l'UE.....	443
B/ Une affirmation incertaine dans la jurisprudence de l'Union.....	447
1) L'existence d'un double contrôle à l'occasion des contentieux communautaires relatifs aux droits fondamentaux.....	448
a) Les raisons de l'existence de ce double contrôle.....	448
b) Les manifestations spécifiques en matière de droit des données personnelles.....	450
a-1) La réception préalable de l'article 8 de la CESDH tel que protégeant la vie privée.....	450
a-2) La réception de l'article 8 de la CESDH tel que protégeant les données personnelles.....	452
2) La confusion des droits dans la jurisprudence communautaire .....	453
a) L'existence d'abus de langage légitimes.....	454
a-1) Existence de raccourcis bénins plus que d'abus de langage.....	455
a-2) Des abus de langage justifiés par des lacunes textuelles.....	456
b) L'existence d'abus de langage illégitimes.....	458
b-1) Des abus de langage illégitimes non sanctionnés.....	459
b-2) Des abus de langage sanctionnés.....	461
Chapitre 2 – La non-réductibilité de la protection des données personnelles à la protection de la vie privée.....	465
Section 1 – La protection des données personnelles, garantie de la dignité de la personne humaine.....	467
§1 – La protection des données personnelles, garantie contre la discrimination.....	468
A/ Une garantie du fait de la notion de donnée sensible.....	469
B/ Une garantie pour partie seulement assimilée par la protection de la vie privée .....	472
§2 – La protection des données personnelles, garantie de l'auto-détermination informationnelle.....	474
A/ La protection des données personnelles, garantie de la liberté contre le déterminisme social.....	475
B/ La protection contre la réification volontaire de la personne humaine.....	480
Section 2 – La protection des données personnelles, garantie contre l'arbitraire.....	486
§1 - Les TIC comme facteur d'accroissement de l'arbitraire.....	487
§2 – La protection des données personnelles, garantie non exclusive de la transparence .....	490

A/ La protection de la vie privée, garantie incomplète contre l'arbitraire.....	491
B/ La protection des données personnelles, garantie complète contre l'arbitraire.....	494
Titre 2.....	503
LE DEVELOPPEMENT D'UN ORDRE LIBERAL.....	503
Chapitre 1 – La portée relative du droit fondamental à la protection des données personnelles.....	505
Section 1 – L'apport ambivalent de la consécration d'un droit à la protection des données personnelles.....	505
§1 – Une protection pareillement exceptionnelle.....	506
A/ En droit des données personnelles : la protection comme exception à la liberté de traitement.....	506
1) Une protection relative en droit interne.....	506
2) Une protection relative des données personnelles en droit international.....	513
a) La formulation équivoque et implicite de l'exception de protection des données personnelles dans les instruments y afférents.....	514
b) La formulation claire de l'exception dans les textes relatifs aux fondements de la liberté de traitement.....	515
B/ Au sein des instruments relatifs aux droits et libertés : l'impossible autonomisation d'un droit à la protection des données personnelles.....	518
1) Une autonomisation impossible dans sa définition.....	519
2) Une autonomisation impossible dans ses effets.....	524
a) La protection des droits fondamentaux, motif fondant explicitement une exception d'ordre public.....	525
a-1) Un cadre théorique pertinent et clair en droit international privé.....	525
a-2) Une pratique pertinente et pragmatique en droit international économique .....	528
b) La protection des droits fondamentaux, motif fondant implicitement une exception d'ordre public.....	531
b-1) En droit européen : l'exception d'ordre public européen.....	531
b-2) En droit de l'UE: la conditionnalité des droits fondamentaux.....	532
b-2-1) En droit du Marché intérieur: une exception d'ordre public bien identifiée et bien nommée.....	533
b-2-2) En droit général de l'UE: une exception bien identifiée mais mal nommée.....	534
§2 – Une portée étendue par la consécration d'un droit à la protection des données personnelles.....	540
A/ Une portée identique à l'égard des traitements effectués par des personnes privées.....	540
1) Le droit à la protection des données personnelles, droit- créance.....	540
a) Une garantie d'assistance de la personne fichée dans la protection de ses données personnelles.....	541
b) Une garantie de substitution à la personne fichée dans la protection de ses données personnelles.....	543
2) Une qualification peu utile pour désigner un élément d'un ordre public spécial .....	548
B/ Une impérativité étendue aux traitements de données personnelles effectués à des fins de sécurité publique par les personnes publiques.....	554

Section 2 – La signification ambivalente de l'adoption d'un « droit à » la protection des données personnelles.....	559
§1 – Le consentement à l'atteinte, garantie équivoque de la protection des droits et libertés fondamentales.....	560
§2 – L'assimilation du droit des données personnelles à un droit de la personnalité. .	564
§3 – Une subjectivisation encouragée dans une perspective commerciale.....	571
A/ Le consentement au traitement, point de départ d'une hypothétique patrimonialisation des données personnelles.....	571
B/ L'indisponibilité de principe des données personnelles.....	574
1) Les données personnelles, choses hors du commerce.....	574
2) La commercialité limitée des données personnelles.....	577
Chapitre 2 – La protection des données personnelles, condition de la sécurité juridique de la liberté de traitement.....	583
Section 1 – La libre circulation des données personnelles, objet d'un régime de police parfait.....	584
§1 – Une libre circulation nécessaire à l'achèvement du Marché intérieur .....	586
A/ Un fondement apparent: la protection des droits et libertés fondamentales ..	586
1) Un fondement apparent.....	587
2) Un fondement contraire au droit primaire.....	588
B/ Un fondement réel: l'achèvement du Marché intérieur .....	591
1) Dans une optique majoritairement douanière.....	591
2) Dans une optique plus marginalement concurrentielle.....	596
§2 – Une libre circulation nécessaire au renforcement du Marché intérieur.....	599
A/ Le contexte de l'économie numérique.....	599
B/ La protection du consommateur, objectif apparent du droit des données personnelles .....	601
C/ La protection du consommateur, objectif instrumentalisé dans une optique d'achèvement indirect du Marché intérieur .....	604
1) La redécouverte récente du rôle macroéconomique de la consommation par l'organisation juridique de la confiance.....	606
a) Le droit communautaire de la consommation, adjuvant récent du Marché intérieur .....	606
b) Une redécouverte en droit du rôle macroéconomique de la consommation .....	608
2) Une protection des données personnelles instrumentalisée par le droit de la consommation.....	609
Section 2 – La libre disponibilité des données personnelles, objet d'un régime de police imparfait.....	613
§1 – Une fonction de police avérée.....	613
A/ Une instrumentalisation occultée.....	613
B/ Une instrumentalisation pourtant effective.....	617
§2 – Une fonction mise en échec par un régime de police imparfait.....	620
A/ Une protection inégale des données personnelles dans le cadre de la coopération administrative internationale.....	620
B/ Une protection fragile des données personnelles dans le cadre des conventions relatives à la sécurité.....	626
1) La protection des données personnelles menacée dans le cadre de la	

coopération transatlantique judiciaire et pénale.....	626
2) La protection des données personnelles menacée dans le cadre de la coopération transatlantique en matière de lutte contre le terrorisme.....	629
a) La protection des données personnelles particulièrement fragile dans le cadre des accords transatlantiques PNR.....	629
b) La protection particulièrement fragile des données personnelles dans le cadre des accords transatlantiques SWIFT.....	634
Conclusion générale .....	643
Bibliographie.....	647
Index.....	737
Table des matières.....	743



### Résumé de la thèse:

*L'objet de ce travail est de démontrer que le droit des données personnelles ne se réduit pas au droit à la protection des données personnelles.*

*En effet, il existe une thèse dominante au terme de laquelle le droit des données personnelles a pour objet exclusif la protection de la personne fichée et constitue, en tant que tel, un élément de la protection de la vie privée.*

*Or, une telle lecture procède d'une isolation clinique de certaines dispositions essentielles au sein des instruments relatifs aux données personnelles. Le droit positif invalide cette thèse et révèle que ces normes poursuivent deux enjeux distincts. Le premier tient effectivement à la protection de la personne fichée et a à ce titre été isolé au sein d'un droit à la protection des données personnelles en droit de l'Union européenne. Le second tient dans l'usage sans entraves de l'informatique et implique la liberté de traiter des données personnelles.*

*Au sein des instruments juridiques relatifs aux données personnelles, ces deux intérêts ne constituent pas deux objectifs de rang et d'intérêt égal juxtaposés l'un à côté de l'autre. Ils sont articulés et hiérarchisés. Le but premier de ces instruments est de garantir la liberté de traitement des données personnelles en tant qu'elle conditionne la liberté de l'usage de procédés informatiques. La protection des droits et libertés fondamentales des personnes fichées n'en constitue que la limite, étroitement subordonnée et circonscrite à ce but principal.*

*De ce constat, il est possible de déduire que les instruments juridiques relatifs aux données personnelles constituent une même police administrative spéciale. Cette police a pour but de consacrer et d'aménager une liberté publique à ce jour innommée: la liberté de traitement des données personnelles. Elle a pour effet et non pour objet de protéger la personne fichée, non pas seulement parce que cette dernière serait titulaire d'un droit fondamental mais aussi et surtout au titre de la protection d'un ordre public spécial.*