



NEJVYŠŠÍ SPRÁVNÍ SOUD



Communiquer ou protéger ?

Cours administratives : naviguer entre
Scylla (droit d'accès) et Charybde (protection
de la vie privée)



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

1. Préambule

1.1 Cristal aperiodique de l'administration publique

Si, dès le début, nous devons choisir un parrain idéal pour cette publication, ce serait très certainement Erwin Schrödinger. Ce serait probablement en partie, parce que l'Europe actuelle enregistre un certain déclin de la foi dans l'utilité de la poursuite de son intégration interne. La carrière de Schrödinger nous montre pourtant que l'Europe n'est en réalité pas seulement un territoire d'interaction des différentes nations et cultures, mais qu'il s'agit, pour le moins dans la sphère intellectuelle, d'un ensemble fonctionnel identique – c'est-à-dire d'un organisme vivant.

Dans le livre « Qu'est-ce que la vie ? », l'un de ses rares travaux également destiné aux profanes eu égard à la simplicité de son contenu et à sa modestie professionnelle, Schrödinger s'intéresse justement aux entités vivantes. Schrödinger l'avait écrit en s'inspirant de ses propres cours magistraux donnés au printemps 1943 au Collège de la Trinité de Dublin et l'avait fait publier en 1944 par les Éditions de l'Université de Cambridge¹.

Ce livre est intéressant pour nous non seulement par son profil paneuropéen et transfrontalier (le « Gastarbeiter » autrichien l'avait écrit en Irlande et fait publier en Grande-Bretagne), mais surtout parce qu'il démontre, grâce aux connaissances empiriques, la spécificité fondamentale du phénomène naturel de la vie. Schrödinger n'y traite pas des questions transcendentales, à savoir pourquoi ou comment la vie est apparue, mais il décrit la différence entre la vie et les autres composantes du monde connu. De plus, Schrödinger désigne le moment clé : la vie a une capacité unique de faire face à l'entropie, c'est-à-dire le désordre interne du système.

Schrödinger désigne le mécanisme qui génère cette capacité par le terme de cristal aperiodique. Schrödinger voit le caractère unique de cette structure dans la combinaison d'atomes qui possède finalement d'autres propriétés fonctionnelles que les atomes eux-mêmes. En d'autres termes, il s'agit d'une structure capable de fonctionner à un niveau supérieur à celui de ses différentes composantes, c'est-à-dire de créer à partir de rien.

Dans le domaine de la biologie, la théorie de Schrödinger avait été par la suite démontrée par la découverte de l'ADN. Or, pour les profanes, le fait que le cristal aperiodique, c'est-à-dire le

¹ SCHRÖDINGER, Erwin *What is Life? The Physical Aspect of the Living Cell*. Cambridge: The Cambridge University Press, 1944.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

Saint Graal de la vie du point de vue physique, soit devenu la base d'un domaine qui s'efforce de décrire, tant du point de vue philosophique qu'empirique, le niveau fondamental du fonctionnement des organismes vivants pour l'imiter par la suite – la cybernétique – apparaît comme étant bien plus intéressant.

C'est Norbert Wiener qui fut le fondateur de la cybernétique, telle que nous pouvons également la voir dans sa forme d'origine comme une philosophie quantitative de la vie. Il avait construit sa discipline sur l'hypothèse susmentionnée de Schrödinger, à savoir que la vie a une capacité unique de faire face à l'entropie. Selon Wiener, l'information est l'instrument que la vie utilise à cette fin¹. Par conséquent, les organismes vivants se distinguent de tout l'univers inanimé par le seul fait qu'ils sont en mesure de s'informer, c'est-à-dire de créer l'information, de la transmettre et de la traiter.

L'un des « organismes » inanimés typiques est l'État dont le système informationnel central est le droit. Dans le langage de la cybernétique, l'objectif du système de règles juridiques est d'organiser la société – et ce, soit directement, soit par le biais des institutions publiques. Si la règle juridique remplit cette fonction, nous pouvons la qualifier d'information. Dans le cas contraire, autrement dit si la règle juridique favorise l'augmentation de l'entropie entraînant le chaos, il ne s'agit pas d'information mais de désinformation, ou bien d'un parasite (« noise »).

Un tribunal constitue également une structure informationnelle. À l'entrée, un tribunal reçoit les données sur l'état de fait et sur les réglementations juridiques ; ensuite, il les traite pour rendre les résultats qui sont, à leur tour, des données, c'est-à-dire une décision. Or, même dans ce cas, le résultat peut constituer une information, mais uniquement si son effet est organisateur. Néanmoins, le tribunal peut – hormis sa pratique autoritaire et décisionnelle – informer (organiser) ou, au contraire, désinformer (« chaotiser ») la société par d'autres procédés. Les juges peuvent notamment renforcer la confiance dans le droit ou, au contraire, la saper par leur comportement vis-à-vis du public professionnel ou amateur.

Bien évidemment, chaque être humain est un organisme. Le corps humain finit toujours par succomber à l'entropie, mais notre propension naturelle à acquérir l'information garantit que l'homme, en tant qu'espèce, fait face (pour l'instant et avec succès) à l'entropie. Si l'information constitue notre seule défense contre notre propre extinction, nous pouvons même constater

¹ WIENER, Norbert, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*, second edition. Cambridge: MIT Press, 1965. ISBN 0-262-73009, p. 11.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

qu'aucune autre activité n'est en fait plus importante pour nous que la création, la communication ou le traitement de l'information. L'origine du besoin pressant d'écrire un bon jugement (informatif) est, par conséquent et dans le fond, la même que l'origine du désir d'interaction sexuelle, c'est-à-dire de communication de l'information contenue dans le génome humain à un autre individu, afin de créer un tout nouvel organisme – un enfant.

Or, le problème du désir humain d'information consiste dans le fait que l'homme n'est pas en mesure d'évaluer la qualité informative de ses actes. Nous ne sommes donc pas dotés d'outils de perception et d'évaluation nous permettant de découvrir, *a priori*, si une loi ou un jugement est une information dans toute l'acception de ce terme. Hormis le besoin naturel de créer l'information, nous sommes, de surcroît, dotés du même désir naturel de faire du bruit ou de créer la désinformation, que ce soit consciemment ou non.

Ceci nous permet également de faire la différence entre les données et l'information. Les données n'ont aucune valeur en elles-mêmes – elles portent uniquement le potentiel d'organiser le système cible dans lequel elles seront communiquées – alors que l'homme est incapable de prévoir avec certitude l'effet de leur utilisation. La question de savoir si le degré d'organisation du système cible augmentera vraiment ne dépend pas uniquement de la qualité des données, mais également de leur mode de communication et de la qualité du système cible. Une loi excellente du point de vue de son contenu ne vaut donc rien si elle est écrite de façon incompréhensible ou promulguée au moment où la confiance de la société dans la justice est quasi nulle. De même, l'effet d'un jugement sur les parties à un contentieux banal qui n'ont bénéficié que d'une instruction élémentaire apparaît clairement, sachant que le raisonnement sous-jacent crée son propre système philosophique sur environ deux cent pages.

1.2 Principe commun, objet et objectif de protection de la vie privée et du droit à l'information

En tout état de cause, le but de cette publication n'est pas de chercher le cristal apériodique de Schrödinger du droit administratif ou du processus juridique dans le domaine du droit administratif, ou bien d'étudier la part des hautes instances administratives et de leurs juges dans la protection de l'humanité contre son extinction. L'étude comparative, dont nous présentons les résultats ici, n'était à l'origine orientée que sur deux aspects, parmi tant d'autres, de l'existence



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

informationnelle de l'administration publique – la protection de la vie privée (y compris la protection des données personnelles) et le droit à l'information.

Ces deux phénomènes réglementaires sont liés, et pas seulement par le fait que leurs règles se contredisent de temps à autre. En effet, leur essence même constitue leur trait commun, car ils concernent les droits à l'information. Leur objet commun – les données.

Dans le cas de la protection de la vie privée et de la protection des données personnelles, il s'agit des droits que Robert Alexy désigne comme protecteurs¹ – dans ce cas, les entités qualifiées sont en droit d'attendre que l'État protège leur domaine informationnel intime contre une perturbation externe illégitime. En revanche, le droit à l'information est un ensemble d'autorisations relevant, dans la classification d'Alexy, de la catégorie des droits à l'action positive. Les entités du droit à l'information sont en droit de s'attendre à ce que le pouvoir public élimine les barrières faisant obstacle à la transparence de ce que nous pourrions désigner par le terme de « domaine informationnel intime de l'État ».

Outre l'essence intrinsèque et l'objet, les deux phénomènes réglementaires ont également le même objectif. Dans un État démocratique de droit, cet objectif se traduit par l'organisation de l'homme, ou plutôt de sa vie.

Dans le cas de la protection de la vie privée et des données personnelles, nous arrivons à organiser intérieurement la vie de l'homme en le protégeant contre des interventions externes dans sa sphère informationnelle intime, ce qui lui permet de vivre paisiblement. Le droit à l'information atteint le même objectif par intermédiation. En effet, une transparence plus accrue du pouvoir public doit contribuer à la légitimité et à l'efficacité de ce même pouvoir public, autrement dit, à mieux remplir les engagements que l'État doit honorer du fait du contrat social. Le bénéficiaire de ces engagements est alors encore l'homme, bien évidemment.

La catégorie d'objectif, ou plus précisément le taux de sa réalisation revêt une importance décisive dans la détermination des droits informationnels protecteurs et proactifs résultant de la protection de la vie privée ou des données personnelles et celle du droit à l'information. Par conséquent, le droit à la protection de la vie privée ou à la protection des données personnelles ne profite pas à l'homme à un degré équivalent à celui qui couvre des comportements qui sont préjudiciables tant à lui-même qu'aux autres. Par analogie, l'obligation d'une transparence active

¹ ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection, 2009, *Legisprudence*, n° 3, p. 1.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

ne peut être profitable à l'État, si son application provoque le déclin de la légitimité ou de l'efficacité du pouvoir public.

Par conséquent, ceci met en évidence, entre autres, que si la protection de la vie privée ou des données personnelles s'oppose au droit à l'information, il ne s'agit guère d'un conflit de valeurs car la valeur fondamentale, pour la protection de laquelle les deux institutions avaient été créées, est identique.

Si le litige concerne, par exemple, la question « doit-on rendre transparentes les données du secteur public comportant des données personnelles ? », son évaluation ne revêt pas le caractère d'une appréciation proportionnelle de deux valeurs mutuellement contradictoires. Au contraire, il s'agit d'un dilemme entre la chaotisation potentielle de la vie de l'homme, dont les données doivent être rendues publiques, et l'organisation potentielle (l'information fournie) des autres, c'est-à-dire d'une question personnelle : à qui bénéficiera le surplus d'information ? En l'occurrence, le tribunal ne choisit ni le droit le plus important, ni le principe ou l'intérêt protégé par la loi, mais l'entité dont il favorisera les droits par rapport aux droits d'une autre entité. La priorité sera alors accordée à celle chez qui il est possible d'anticiper, en fonction des différentes circonstances, un niveau plus élevé d'organisation future ou, du moins, un niveau moins élevé de chaotisation future en cas de victoire.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

1.3 Problème de navigation

Le terme « kybernētēs » désigne celui qui conduit un navire. Cela peut être un timonier, un capitaine ou, en termes de droit administratif, un « responsable d'une petite embarcation » par exemple, c'est-à-dire celui qui dirige le mouvement du bateau par sa volonté. Or, cela ne veut pas dire que le « κυβερνήτης » contrôle totalement le bâtiment, car sa navigation est influencée par toute une série d'autres facteurs comme des vents ou des courants marins. Sa tâche consiste non seulement à guider le navire par une voie déterminée, mais également à réagir à un changement des conditions, par exemple. Un bon « κυβερνήτης » sait évaluer en continu toute une série de différents facteurs qui lui servent de base pour formuler des instructions (l'information) qui permettent aux autres membres de l'équipage d'envisager en toute confiance leur arrivée à destination à temps et sains et saufs.

Par ailleurs, le terme « kybernētēs » est à l'origine même de la désignation de la cybernétique de Wiener car il exprime, de façon très précise, l'essence spécifique de la vie. En effet, l'entité vivante est en mesure de créer l'information, et cette capacité lui permet non seulement de se diriger vers le but fixé d'avance, mais également de réagir en continu aux changements des conditions environnantes. Si les formes appliquées de la cybernétique, telles que l'informatique, la robotique ou la mécatronique, s'efforcent donc d'imiter les capacités d'organisation des organismes vivants, elles ne font, au bout du compte, que répéter sans cesse le même type de travail que celui du κυβερνήτης.

Nous avons indiqué plus haut que le droit pouvait être perçu comme un système informationnel social et indépendant. Le navire du système juridique est donc l'État et les règles juridiques sont les instructions orientant son mouvement avec plus ou moins de succès. Bien évidemment, nous n'avons pas pour dessein de nous pencher, dans cette étude comparative menée pendant deux ans, sur la question de savoir « d'où part le navire ou quelle est sa destination ? ». Les questions « dans quelle mesure le droit contribue-t-il encore réellement à l'orientation de l'État à l'époque actuelle, si mouvementée ? » ou « dans quelle mesure son mouvement est-il déterminé par différents typhons, le mouvement des vagues ou l'activité des différentes créatures marines ? » ne nous intéressaient pas spécialement non plus. Nous nous sommes penchés uniquement sur la navigation du droit dans un seul détroit concret, sur les deux rives duquel deux créatures, hautement dangereuses, avaient grandi et s'étaient développées pendant ces deux derniers siècles.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

Ces monstres peuvent être décrits comme le domaine informationnel de l'État (c'est-à-dire les données publiques) et le domaine informationnel de l'homme (c'est-à-dire les données personnelles). Un rapprochement trop étroit vers l'une de ces deux positions extrêmes peut avoir des conséquences fatales. Si, par l'intermédiaire du droit, nous accordons à l'État des compétences informationnelles trop larges, la liberté de l'homme sera menacée (c'est-à-dire nous nuirons aux passagers). Si, au contraire, nous manœuvrons l'État, par le biais des directives juridiques, vers une plus grande protection de la vie privée informationnelle de l'homme, nous perdrons la possibilité d'une gestion efficace de la société (c'est-à-dire nous endommagerons le navire). Parallèlement, il est vrai que l'effort d'éviter l'un des monstres par un trop grand détour nous conduira inéluctablement dans les griffes de l'autre.

Donc, si nous avons désigné, dans notre étude comparative, le droit à l'information (autrement dit, la forme juridique concrète du domaine informationnel de l'État) comme étant Scylla, et la protection de la vie privée et des données personnelles comme étant Charybde, nous voulions surtout insinuer qu'il s'agissait des institutions dont la proximité systématique nous oblige à travailler avec elles simultanément et dans un rapport fonctionnel mutuel. Or, il ne s'agit pas, comme nous le constatons ci-avant, des phénomènes réglementaires qui seraient diamétralement opposés. Par ailleurs, nous ne sommes pas non plus dans une situation où aucune possibilité d'un passage sûr entre ces deux extrêmes ne s'offrirait à nous.

Dans notre étude, nous nous sommes donc principalement intéressés à la forme des monstres mentionnés dans les différentes juridictions, puis à la forme des cartes de navigation y afférentes, autrement dit, au contenu du droit législatif et réglementaire en vigueur. Or, lors de nos investigations, notre attention s'est surtout portée sur les différentes façons de travailler des timoniers dans les États intéressés, c'est-à-dire comment les plus hautes instances administratives orientent le mouvement de l'appareil étatique dans ces circonstances.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

1.4 Charybde : droit à l'information

Le domaine du droit au libre accès à l'information, au contraire, n'est harmonisé que partiellement au niveau européen. En effet, la réglementation européenne exprimée dans la Directive n° 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil européen du 17 novembre 2003, concernant la réutilisation des informations du secteur public, ne concerne que certains aspects, et pas les plus importants, de la fourniture des informations. De même, la perception du libre accès à l'information, en tant que droit fondamental, a longtemps été réservée uniquement aux différentes constitutions nationales, et ce parce que la Cour européenne des droits de l'homme n'en a que relativement récemment¹ fait un droit paneuropéen dans sa jurisprudence en se basant sur la liberté d'expression générale garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En fait, il était surprenant que le taux de concordance entre les réglementations juridiques des différents États membres soit significatif et que dans certains domaines des combats identiques avec des résultats identiques aient été menés dans la quasi-totalité des États. L'exemple le plus manifeste est la résolution de la question de savoir s'il convient de communiquer des informations sur le montant des salaires des fonctionnaires ? Certains pays (notamment la Scandinavie) avaient résolu cette question « depuis toujours » selon la tradition locale de transparence, alors que d'autres pays l'avaient résolue par voie législative. Dans certains autres pays il fallait attendre que les tribunaux administratifs concluent à l'obligation de fournir ces informations, car ces tribunaux considéraient souvent leur approche comme une approche pionnière, tandis que leur ordre de les fournir était considéré au niveau national (et notamment par les fonctionnaires eux-mêmes) comme étant trop bienveillant à l'égard de la liberté d'information et trop novateur ou (selon le jargon bureaucratique de la série britannique « Yes minister ») trop « audacieux » (ce que la comparaison avec les autres pays infirme justement de façon très claire). Par conséquent, les différentes réglementations ont inconsciemment convergé à cet égard.

Quant à d'autres questions, les pays n'ont convergé, au contraire, que dans certains groupes, selon leurs traditions, l'expérience historique ou sous d'autres influences. Et ce sont précisément ces groupes, empruntant à la croisée des chemins pour les questions clés relatives à

¹ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, affaire Társaság a Szabadságjogokért (Union hongroise des libertés civiles) c/ Hongrie, requête n° 37374/05 du 14 avril 2009.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

la communication des informations la même direction ou une direction similaire, que nous essayerons d'identifier dans la première partie du rapport général.

1.5 Scylla : protection des données personnelles

Dans la partie consacrée aux données personnelles, nous partons de l'hypothèse que leur protection administrative et juridique est fondée, dans la plupart des États intéressés, sur une base législative similaire. En effet, la plupart des États ayant participé à notre étude, par l'intermédiaire de leurs instances suprêmes administratives et juridiques, sont membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, et leurs législations contiennent les règles harmonisées provenant des Directives européennes concernées. Par ailleurs, nous avons constaté – dans les traits généraux – une protection similaire des données personnelles également chez la plupart des pays participant à cette étude.

La première partie de l'étude était donc plutôt axée, du point de vue des questions portant sur la protection de la vie privée et des données personnelles, sur les aspects institutionnels de cette protection, où nous nous attendions, par rapport à la comparaison des outils législatifs, à une plus grande diversité et un plus grand potentiel pour trouver des moments mutuels inspirants. Dans cette hypothèse, nous avons puisé dans les connaissances actuelles des différentes études comparatives déjà effectuées et démontrant les différences réelles significatives dans le domaine de la protection des données personnelles, et ce même entre les États dont la législation est pratiquement identique grâce à l'harmonisation devenue obligatoire. En effet, nous avons conclu que la différence fondamentale et empiriquement vérifiable dans l'application d'une institution protectrice, aménagée par la législation de façon comparable, pouvait être la conséquence des différences existant dans le système des garanties institutionnelles, et même dans l'initiative et l'activité des autorités administratives et judiciaires concrètes.

C'est pourquoi les investigations comparatives ont été partiellement basées, du point de vue méthodologique, sur l'approche de Weinberger et de McCormick de la validité des règles juridiques mettant surtout l'accent sur l'activité institutionnelle¹. L'analyse des rapports nationaux transmis avait ensuite mis en évidence que cette hypothèse était exacte et que l'aspect

¹ WEINBERGER, Ota, MACCORMICK, Neil. An Institutional Theory of Law – New Approaches to Legal Positivism, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992. ISBN 90-277-2079-7.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

institutionnel jouait, à de nombreux égards, un rôle dominant dans la protection des données personnelles.

Parallèlement, la thèse affirmant que le taux de pertinence de l'approche de Weinberger-McCormick peut dépendre du taux de détermination technique de l'agenda judiciaire concerné, avait été confirmée de façon empirique. Plus un problème donné est techniquement compliqué, c'est-à-dire plus le développement de la technologie permettant de donner à ce problème une forme concrète est rapide, moins la solution de ce problème uniquement par voie législative est possible. Le rôle de l'institution qui met en œuvre la réglementation en grandit, car l'efficacité de l'encadrement dépend dans ce cas précis de la connaissance concrète de l'environnement correspondant, hautement spécifique, de l'initiative et de la capacité de trouver et d'utiliser de façon adéquate des outils juridiques et techniques complexes.

Dans le domaine de la protection des données personnelles, l'autorité administrative compétente, c'est-à-dire un bureau ou une inspection, constitue notamment une telle institution. L'image globale du fonctionnement de l'encadrement juridique est ici principalement affectée non pas par l'ampleur formelle fixée par la loi pour les autorisations d'enquête, les mesures de redressement ou les sanctions administratives (et notamment les amendes), mais par les facteurs institutionnels, comme, par exemple, l'organisation interne d'une autorité compétente, la concentration des compétences (autrement dit, est-ce que l'autorité exerce ses compétences également dans un autre secteur), mais également, par exemple, par la personnalité de son dirigeant ou par la façon de récompenser ses employés.

Ces aspects de l'activité constitutionnelle ne sont pas, bien évidemment, fondamentalement importants dans le cas des tribunaux administratifs, qui statuent généralement sur les voies de recours contre les décisions des autorités administratives chargées de la protection des données personnelles. En effet, le tribunal n'a pas besoin de disposer lui-même d'une compétence technique brillante, et l'initiative dans son activité ne joue pas, elle non plus, un rôle extrêmement significatif, car – tout simplement – il ne statue que sur les affaires introduites devant lui du fait de l'activité des entités réglementées.

Néanmoins, la juridiction administrative est l'endroit idéal pour évaluer de façon indépendante le caractère et l'efficacité des activités institutionnelles correspondantes. Par conséquent, les autorités administratives suprêmes nous paraissent être l'endroit idéal pour obtenir des connaissances comparatives non seulement sur l'activité qu'elles exercent, mais



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

également sur l'activité des organes administratifs opérant dans le secteur de la protection des données personnelles et dont elles supervisent la pratique décisionnelle.

1.6 Synthèse – transparence des autorités administratives suprêmes

La seconde partie de l'étude comparative ne s'intéressait plus, de façon séparée, aux deux extrêmes dangereux, mais se consacrait à l'étude synthétique des différentes façons permettant de passer (« naviguer ») entre eux en toute sécurité. L'un des domaines, où une telle navigation est relativement difficile pour différentes raisons, est la transparence des processus de décision des autorités administratives suprêmes elles-mêmes. En effet, la façon dont un tribunal publie ses décisions peut avoir, dans le prolongement des caractéristiques fondamentales d'une culture juridique donnée, une influence essentielle sur la légitimité du droit administratif en tant que tel.

Or, en tout état de cause, nous n'avons pas abordé la question du rapport entre la transparence du fonctionnement interne du tribunal et de ses conclusions d'un point de vue extrémiste mettant un signe d'égalité entre la légitimité du pouvoir judiciaire et le degré de transparence de ses processus discursifs. Nous avons plutôt cherché à prendre en considération l'histoire et les rapports juridico-culturels du fonctionnement des autorités administratives suprêmes, et ce notamment en fonction des mécanismes d'édition et de publication de la jurisprudence et des manières dont ces autorités informent officieusement, par l'intermédiaire de leurs juges, le grand public sur le fond de leur activité décisionnelle.

L'objectif consistait, d'une part, à identifier les approches de transparence que nous pouvons considérer comme étant standard dans le cadre des pays représentés dans cette étude et, d'autre part, à trouver des solutions innovantes, spécifiques ou peu orthodoxes. Nous sommes finalement parvenus à trouver les deux, grâce à l'initiative des rapporteurs nationaux et au haut niveau professionnel des rapports nationaux. Dans le même temps, il est intéressant de constater que, tandis que la perception sur la vie privée et la réglementation concrète de la protection des données personnelles sont apparues très similaires entre les pays représentés dans cette étude comparative, il existe des différences notables dans la pratique de publication de la jurisprudence et dans les informations portées de façon informelle à la connaissance du public professionnel et du grand public par les autorités judiciaires et administratives suprêmes. Cette conclusion générale démontre également, entre autres, que pour connaître et comprendre la fonction des institutions du libre accès à l'information, il ne suffit pas seulement de se familiariser avec les réglementations juridiques abstraites, mais qu'il est aussi nécessaire d'étudier de façon



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

approfondie et à travers les relations sociales et technologiques concernées le mode opérationnel de son fonctionnement et l'activité institutionnelle y afférente.

1.7 Conclusion du préambule

Toute la recherche fut positivement influencée par sa durée de deux ans. En d'autres termes, nous avons la possibilité de profiter, lors de notre navigation, de la première année pour cartographier grossièrement les deux écueils, pour établir où se trouvaient dans les différents États les points clés permettant de naviguer entre eux. Lors de la seconde année, c'est-à-dire au moment du second passage entre les deux monstres, nous avons pu nous consacrer en profondeur précisément à ces points choisis, qui méritaient d'être éclaircis et cartographiés de façon plus détaillée. Par voie de conséquence, nous sommes convaincus que les rapports généraux transmis rempliront non seulement la fonction de recherche générale et impartiale, orientée sur « les points obligatoires » de la comparaison, mais également celle d'analyse plus détaillée là où les différents États présentaient des concordances étonnantes, des discordances surprenantes ou des solutions individuelles originales. Bonne navigation !



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

2. Libre accès à l'information

2.1 Ancrage juridique du libre accès à l'information

Où pouvons-nous trouver le droit au libre accès à l'information ? Bien que le libre accès à l'information dans de nombreux pays, et *a fortiori* son ancrage législatif ou constitutionnel, soit un phénomène très récent, nous trouvons des pionniers de cet encadrement juridique déjà au XVIIIe siècle, et notamment en France, où les bases constitutionnelles du contrôle public du pouvoir d'état étaient déjà consacrées par l'art. 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »), et en Scandinavie¹.

Néanmoins, nous n'avons pas à chercher les garanties du libre accès à l'information uniquement au niveau national. L'opinion selon laquelle le droit à l'information (concernant l'activité positive de l'État) peut être directement déduit de l'art. 10 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales s'impose ces derniers temps, comme en témoigne la récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme², qui confère ce droit à la protection constitutionnelle dans certains États (Certains États comme la Croatie a tiré ce droit de la Convention européenne avant de l'intégrer explicitement dans la constitution).

Mais lorsque nous revenons au niveau national, nous constatons que le droit au libre accès à l'information est aujourd'hui généralement ancré directement dans la constitution, soit comme une obligation des administrations publiques (cf. par ex. l'art. 20, alinéa 4 de la Constitution fédérale autrichienne³), soit comme un droit garanti par la constitution et figurant dans son

¹ Comme indiqué dans le questionnaire suédois : « En 1766, la Suède adopta la Loi sur la liberté de la presse et devint ainsi le tout premier pays à adopter une loi relative au libre accès à l'information. Bien que la validité de cette Loi fût suspendue de 1772 à 1809, le libre accès du public aux documents officiels devint, depuis lors, l'un des principes centraux de la culture juridique suédoise. La Loi fut adoptée durant la période historique appelée en Suède l'Ère de la Liberté (1719–1772), marquée par la limitation des pouvoirs du roi et par le renforcement du Parlement. Le coup d'État de Gustave III, survenu en 1772, fut suivi par le retour à la fermeture traditionnelle du régime. Or, la révolution de 1809 destitua le roi et une nouvelle Constitution fut adoptée, basée sur le principe de partage du pouvoir entre le souverain et le Parlement. »

² Notamment l'Arrêt de la CEDH, affaire Tarsasag a Szabadsagjogokert (Union hongroise pour les libertés civiles) c/ Hongrie, du 14/04/2009, requête n° 37374/05.

³ Selon lui, « tout agent administratif en charge de compétences administratives fédérales ou régionales, ainsi que tous les dirigeants des autres corporations de droit public, sont tenus de fournir les informations relatives aux affaires qui relèvent de leur champ de compétence, pour autant que leur fourniture ne soit pas en contradiction avec l'obligation de réserve. »



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

catalogue des droits fondamentaux ou, le cas échéant, dans un catalogue indépendant des droits de l'homme dont la valeur juridique est égale à celle de la constitution (par ex. l'art. 17, alinéa 5, de la Charte des droits et libertés fondamentales de la République tchèque). À la réglementation constitutionnelle fait suite une loi ordinaire ou des lois.

Il peut alors s'agir d'une loi générale couvrant tous les types d'information (cf. par exemple la Loi finlandaise relative à la transparence des activités des pouvoirs publics n° 621/1999 ou d'une combinaison de la loi générale complétée par une loi « sectorielle » ou par plusieurs lois. Une telle loi spéciale est souvent réservée aux informations en matière d'environnement (Belgique, République tchèque, Finlande, France, Allemagne, Portugal, Espagne), plus rarement aux autres domaines, tels que les archives (France, Portugal) ou l'accès aux registres et documents conservés par les autorités notariales (Portugal). Chypre se trouve dans une situation spécifique où il n'existe pas de loi générale mais uniquement quelques lois particulières s'appliquant aux différents types d'information¹. Le Luxembourg, quant à lui, constitue également une exception, car il n'avait jusqu'à présent qu'une loi spéciale relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement (loi du 25 novembre 2005 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement), et où le processus d'adoption d'une loi générale relative à l'accès du public à l'information était en cours, et ce précisément pendant les deux années de nos colloques.

La situation est particulièrement compliquée dans des États fédéraux, où le libre accès à l'information peut être confié soit aux autorités fédérales, soit aux différents états fédérés, soit conjointement à ces deux niveaux. Ainsi, en Allemagne, une loi relative au libre accès à l'information existe au niveau fédéral et s'applique aux autorités fédérales, tandis que onze des seize Länder possèdent, eux aussi, leurs propres lois du Land². En Belgique, la Constitution fédérale³ s'imbrique avec la réglementation relative aux différentes régions et aux différentes

¹ Loi sur la liberté de la presse, L.145(I)/1989 ; Loi sur les archives nationales, L.119(I)/2004 ; Loi relative à la réutilisation des informations du secteur public, L.132/(I)/2006 ; Loi relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement, L.119(I)/2004.

² Les Länder allemands sont : Berlin, Brandebourg, Brême, Hambourg, Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, Rhénanie-Du-Nord-Westphalie, Rhénanie-Palatinat, Sarre, Saxe-Anhalt, Schleswig-Holstein et Thuringe.

³ La Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et la Loi du 5 août 2006 relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

communautés linguistiques, et en Suisse – de façon analogue – la réglementation fédérale¹ avec celle des différents cantons.

L’Autriche avait ancré ce droit au niveau fédéral, dans la Constitution et deux lois fédérales. Par ailleurs, ces lois sont appliquées par les règlements des Länder : « Une réglementation plus détaillée, concernant les autorités de la Fédération et les collectivités locales instituées par les lois fédérales, est ancrée dans la Loi fédérale relative à l’obligation de fournir des informations, tandis que la réglementation concernant les Länder, les districts et les collectivités locales instituées par les lois fédérales est contenue dans la Loi fondamentale fédérale relative à l’obligation de fournir des informations et dans neuf lois d’exécution fédérales qui fixent les modalités et les restrictions pour la fourniture des informations. »

2.2 Niveau administratif

2.2.1 Institutions

Le droit au libre accès à l’information présuppose au moins deux groupes d’entités : les demandeurs d’informations et les entités obligées qui sont en premier lieu soumises à l’obligation de fournir des informations (cf. chapitre 2.4). En règle générale, les entités obligées ne sont soumises qu’au contrôle juridictionnel subséquent (cf. chapitre 2.3), ou le cas échéant, à l’évaluation de l’autorité administrative qui leur est hiérarchiquement supérieure dans les autres procédures administratives. Par conséquent, l’Autriche, la Bulgarie, la République tchèque, la Finlande, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède ne sont dotés que d’une autorité responsable du traitement des données personnelles, non pas d’une autorité spécifique chargée de la surveillance du libre accès à l’information.

Dans d’autres pays, nous trouvons des autorités administratives distinctes pour chacun des deux domaines : Belgique (Commission d’accès aux documents administratifs, Commission de la protection de la vie privée), France (Commission d’accès aux documents administratifs, Commission nationale de l’informatique et des libertés), Croatie (Information commissioner, Croatian Personal Data Protection Agency), Italie (Garant pour la protection des données

¹ Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l’administration du 17 décembre 2004 (Recueil officiel des lois fédérales n° 152.3).



Colloquium co-funded by the “Justice” programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme “Justice” de l’Union européenne

personnelles, Commission pour l'accès aux documents administratifs), Portugal (Commission Nationale de Protection des Données, Commission d'Accès aux Documents Administratifs) et Espagne (Conseil de la Transparence et la Bonne Gouvernance, l'Agence de Protection des Données). Par ailleurs, aucun des pays cités n'est doté d'une autorité chargée de la surveillance de la fourniture des informations sans avoir une autorité responsable du traitement des données personnelles.

Une autre solution consiste à créer une autorité commune responsable de la surveillance des deux domaines, c'est-à-dire celle du libre accès à l'information, ainsi que celle de la protection des données personnelles. Nous trouverons une telle autorité en Estonie (Data Protection Inspectorate), Hongrie (Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information), Allemagne (Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information), Slovénie (Information Commissioner), Serbie (Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection) et en Suisse (Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence), où elle joue le rôle de médiateur dans les litiges relatifs aux deux domaines. L'avantage de cette solution est le suivant : une autorité peut directement établir un équilibre entre les deux intérêts protégés ou, en termes plus poétiques, tracer la voie entre Scylla, le libre accès à l'information, et Charybde, la protection de la vie privée.

L'une des possibilités consiste à confier cette tâche de surveillance au médiateur général, comme en Grèce, ou à un médiateur spécialisé, comme, par exemple, en Finlande, qui s'est dotée d'un médiateur chargé de la protection des données personnelles. De même en Lituanie, il est possible de s'adresser avec des réclamations relatives au traitement des demandes d'information au médiateur, mais hormis lui, ces réclamations sont également traitées par les commissions régionales ou centrales pour les litiges administratifs, qui sont chargées de l'instruction des litiges relatifs au libre accès à l'information. Il était jusqu'à très récemment également fait appel à un médiateur, en qualité d'autorité de surveillance, en Hongrie, mais la responsabilité de la surveillance des deux domaines analysés a été transférée à l'Agence nationale de la protection des données personnelles et de la liberté d'information (NAIH). Cette démarche présente l'avantage que les processus de protection de ces deux domaines sont davantage intégrés dans les procédures administratives courantes mais, d'un autre côté, cette agence constituant une composante habituelle de l'administration publique, elle ne dispose pas du même degré d'indépendance que le médiateur.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

2.2.2 Procédure

Le processus d'acquisition d'informations présente, lui aussi, des différences. De manière générale, les États diffèrent par le degré de similitude entre la procédure de fourniture d'informations et les procédures administratives générales ou, au contraire, leur degré de divergence, à savoir si la procédure de fourniture diffère des procédures administratives, et notamment par son caractère informel (par exemple, en Estonie, il est possible de fournir des informations même par téléphone), ou par les délais imposés.

La fourniture d'informations est limitée dans le temps dans l'ensemble des États. Le délai de l'ordre d'une à deux semaines (Belgique, Bulgarie, République tchèque, Croatie, Lettonie, Slovaquie) est relativement fréquent ; il est parfois encore plus court (5 jours en Norvège, 5 jours ouvrables en Estonie). En revanche, nous constatons un délai plus long en Suisse (20 jours), en Lituanie et en Slovénie (20 jours ouvrables), en Autriche (8 semaines), en France et en Allemagne (1 mois), en Grèce (60 jours), en Espagne (1 mois pouvant être renouvelé une fois) et aux Pays-Bas (4 semaines pouvant être renouvelées une fois, à l'exception des informations en matière d'environnement assorties de délais plus courts).

La façon de régler des différents États, d'une part, les questions relatives au non-respect des obligations légales de la part des entités obligées, notamment des pouvoirs publics et de leurs employés et, d'autre part, de composer avec les demandeurs dont le nombre, les raisons ou le style de demandes d'information portent à croire qu'il s'agit de l'abus de droit de la part des autorités, peut être inspirante.

S'agissant des outils incitant des agents de l'administration publique à fournir des informations conformément à la loi, la France a imposé, par le biais du nouvel article 24 créé en 2005 et introduit dans la loi du 17 juillet 1978, l'obligation aux administrations de désigner publiquement une personne responsable de l'accès aux documents administratifs et des questions relatives à la réutilisation des informations publiques (une réforme similaire a également été adoptée en Bulgarie). Le Portugal propose aux demandeurs une autre démarche pour arriver à obtenir l'information demandée de la part des entités obligées : « Au cas où le droit au libre accès à l'information pourrait être violé, les demandeurs peuvent recourir à ce que l'on appelle « *l'appel judiciaire pour le processus de déclassification des informations confidentielles, la procédure de consultation et la fourniture des copies certifiées conformes...* »

Or, certains demandeurs d'information peuvent considérablement compliquer le fonctionnement des autorités compétentes. Les différences dans l'approche adoptée par les États



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

pour les « perturbateurs », dont les processus ont été systématisés par l'Estonie¹, démontrent les décalages dans les origines idéologiques des différentes réglementations nationales. En Espagne, la Loi n° 19/2013 du 9 décembre 2013 offre la possibilité de rejeter, entre autres, une demande d'information qui est manifestement infondée, répétitive ou non justifiée par les intérêts de la transparence.

¹ « 1. Le demandeur dépose sa demande d'informations qui est trop vague, par exemple, une copie de toutes les décisions prises par l'autorité donnée.

2. Le contenu des requêtes déposées par l'un ou par plusieurs demandeurs peut également poser problèmes :

- Le demandeur adresse une requête au contenu identique à de nombreuses autorités, sans le spécifier ou sans informer par la suite lesdites autorités que sa demande avait été traitée par l'une d'elles et que l'information avait été fournie.

- Après concertation, plusieurs demandeurs déposent des requêtes au contenu identique ; par exemple, après que des documents complets avaient été fournis à un détenu sur sa demande, d'autres détenus commencent à déposer des requêtes identiques ; ce problème a été résolu par le placement de certains documents dans des bibliothèques des maisons d'arrêt.

- Le même demandeur dépose des demandes d'information identiques à plusieurs reprises. Si une demande a déjà reçu une suite favorable, l'autorité n'est pas tenue de traiter la demande à plusieurs reprises en fournissant toutes les informations demandées. Or, si la demande avait été modifiée, il peut s'avérer difficile de déterminer s'il s'agit toujours d'une même et seule demande. Au cas où une requête réitérée est considérée comme une demande différente, bien qu'elle soit quasi identique à la demande précédente, elle doit être traitée de nouveau et dans le moindre détail.

3. Certaines requêtes comportent des questions concernant les notions générales, comme par exemple, « Qu'est-ce que la patrie ? »

4. Les requêtes sont intentionnellement rédigées de façon fallacieuse afin d'obtenir une réponse dans un délai plus bref (car les différents types de requêtes sont soumis à des délais différents), sans compter que le demandeur avait été prévenu à plusieurs reprises que le titre était erroné et que le délai de traitement de sa demande serait plus long.

5. Parfois, les demandeurs déposent leur requête sous forme écrite mais contactent par la suite l'autorité par téléphone et obtiennent l'information sous forme orale. Or, l'obligation de traiter la demande par écrit subsiste, et si la demande n'est pas traitée par écrit, les demandeurs déposent souvent plainte.

6. Les demandeurs déposent souvent des demandes pour obtenir des copies de documents – dans ce cas, il ne s'agit pas d'un abus du droit au libre accès à l'information. Par contre, si le demandeur requiert plusieurs copies (vingt, par exemple) d'un même document, on peut parler d'abus de droit.

7. Le droit au libre accès à l'information fait souvent l'objet d'abus de la part des étudiants qui, par exemple, présentent des demandes en vue d'obtenir toutes les décisions des tribunaux concernant le sujet de leurs travaux de fin d'études, bien que toutes ces décisions soient accessibles au public dans les bases de données et sur les sites Internet des tribunaux.

8. Les problèmes sont souvent liés au fait qu'un détenu est en droit d'adresser sa demande à certaines autorités sans payer les frais de port. Ainsi, les détenus adressent leurs demandes à ces autorités, et leur demandent de les transmettre à d'autres autorités pour lesquelles ils seraient tenus de payer les frais de port. L'autorité destinataire de la demande est tenue de la transmettre à l'autorité compétente ; ainsi, il est possible d'envoyer des demandes gratuitement et n'importe où sans que le législateur vise cet objectif.

9. Certains demandeurs peuvent déposer jusqu'à plusieurs requêtes par jour et pendant une longue période. Si, par la suite, ils demandent les informations sur le traitement de leurs demandes, les statistiques ou les copies des demandes et les réponses correspondantes, il peut être très difficile de leur donner une suite favorable compte tenu des centaines, voire milliers de demandes par an. »



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

La France va jusqu'à permettre aux juges administratifs d'infliger une amende à l'auteur d'une demande d'information abusive : « le tribunal administratif peut infliger à l'auteur d'une requête, qu'il estime abusive et qui n'a aucun rapport avec l'objet du litige, une amende dont le montant ne peut excéder 3 000 euros. Toutefois, il s'agit d'un pouvoir propre au juge, très peu utilisé, et les amendes infligées atteignent rarement le montant maximum. » Les sanctions peuvent également être infligées par la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs), soit dans le cas où les informations publiques avaient été réutilisées sans tenir compte de l'obligation d'obtenir une licence ou en contradiction avec les conditions de celle-ci, soit dans le cas où les informations publiques avaient été modifiées sans l'accord de l'autorité publique. Dans ce cas, la CADA est en droit d'infliger des sanctions pécuniaires, en fonction de la gravité du délit et du type de réutilisation ou d'abus des informations (à des fins commerciales ou non), dont le montant ne peut pas excéder une somme allant de 3.000 à 300.000 euros, ou l'interdiction de réutiliser ces informations pendant une période de deux ans, voire de cinq ans en cas de récidive¹.

Les Pays-Bas ont relevé un exemple révélateur, car ses administrations se heurtent non seulement aux perturbateurs, mais également aux personnes qui abusent de la mesure visant à obliger l'autorité compétente à verser une « amende » au demandeur d'information dans le cas où sa requête aurait été traitée tardivement. Du fait de son caractère automatique, cette mesure fait l'objet des critiques et le parlement débat de son amendement : « l'une des façons dont les demandeurs tentent d'abuser de la loi WOB (Loi sur la transparence de l'information auprès de l'administration) consiste à demander des informations qu'ils pourraient obtenir, justement selon la WOB, sur la base d'autres lois. En guise d'exemple, on peut citer les contraventions pour excès de vitesse : conformément au code administratif, le contrevenant dispose du droit d'accès aux documents ayant conduit à lui infliger l'amende (par ex. la photo du radar), mais il peut également demander cette information en se référant à la WOB, en espérant que la décision de l'autorité administrative sera prise tardivement. Compte tenu du volume important de données à traiter (rechercher la photo correspondante...), il est très probable que l'autorité administrative finira de traiter cette demande après l'expiration du délai légal. Un autre type d'abus consiste à

¹ Or, les litiges relatifs à la réutilisation des informations sont très rares et représentent moins de 2 % de l'ensemble des affaires traitées par la CADA. Jusqu'en 2013, la CADA n'a infligé qu'une seule sanction, et ce pour modification des informations publiques. En 2013, la CADA a été saisie de deux plaintes déposées par deux administrations, mais elle a renoncé à infliger une sanction dans les deux cas.



« dissimuler » les demandes d'information dans des demandes générales adressées à une autorité administrative. Étant donné que la WOB n'impose aucune forme précise pour les demandes d'information, n'importe quelle question posée à une autorité administrative peut être considérée comme une demande d'information, bien que cette question figure dans une demande concernant une toute autre affaire (par exemple, dans la lettre de candidature d'un demandeur d'emploi). »

Le Tribunal administratif slovène a traité la question de l'abus du droit à l'accès à l'information dans le jugement n° III U 240/2012 du 7 novembre 2013 : « Dans cette affaire, l'autorité administrative contrainte de fournir des informations publiques avait reçu en 2011 au total 202 demandes d'information, dont 51 demandes provenaient du plaignant dans une affaire en cours ; en 2012, l'autorité administrative avait reçu 86 demandes, dont 66 demandes provenaient du plaignant et, en plus, 322 courriers électroniques envoyés par ce même plaignant. Dans ses demandes, le plaignant exigeait l'accès à un grand nombre de documents, par exemple à l'ensemble de la correspondance échangée entre deux autorités administratives, une société privée, la Commission de prévention de la corruption, le médiateur, la police, les procureurs, certains ministres etc. Le tribunal administratif (...) a statué que le plaignant avait commis un abus de droit en envoyant une telle quantité de demandes. En effet, son comportement ne visait pas seulement à avoir accès aux informations demandées au nom de l'exercice du droit au libre accès à l'information, consistant dans le contrôle démocratique de l'administration publique, mais également à surcharger l'autorité administrative de façon excessive, ce qui a empêché l'exercice efficace de ses compétences non seulement dans le domaine de l'accès à l'information, mais aussi dans les autres domaines. »

En revanche, la Finlande a indiqué n'avoir aucun problème avec les perturbateurs, et la Norvège a catégoriquement refusé la possibilité d'abus conceptuel du droit au libre accès à l'information : « À notre avis, le droit au libre accès à l'information est un droit si fondamental dans tout pays démocratique qu'une demande d'information ne saurait être considérée comme étant abusive. »

2.3 Contrôle juridictionnel

En règle générale, le réexamen des décisions adoptées dans les affaires relatives au libre accès à l'information connaît le même destin que les autres litiges relevant de la justice administrative, c'est-à-dire le contrôle opéré par les tribunaux administratifs là où existent les tribunaux



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

administratifs spécialisés. Le Tribunal de l'Information britannique (Information Tribunal), dont les décisions ne peuvent être réexaminées qu'*a posteriori* par la Cour d'Appel (Court of Appeal) et, enfin, par la Cour suprême du Royaume-Uni (U.K. Supreme Court) constitue une exception.

Tandis que les décisions prises par les autorités administratives en matière du libre accès à l'information sont souvent soumises aux contraintes de délais, les tribunaux administratifs ne connaissent pas, en règle générale, de telles contraintes. Pourtant, certains tribunaux sont soumis aux contraintes de délais d'une façon très similaire – la Pologne en est l'exemple : l'autorité administrative est tenue d'envoyer les pièces du dossier et ses observations relatives à la demande dans les 15 jours suivant la réception de celle-ci, tandis que la demande elle-même doit être traitée dans les 30 jours suivant la réception du dossier.

En statuant sur le libre accès à l'information, les tribunaux administratifs peuvent, en règle générale, adopter la même démarche que dans d'autres types de procédures, à savoir annuler ou modifier la décision administrative. Néanmoins, les tribunaux de certains pays ont également la possibilité de sanctionner les agents responsables du non-respect de l'obligation imposée, comme par exemple la France ou la Bulgarie, qui avaient mis en place des pénalités graves à l'encontre des employés de l'administration publique ne respectant pas la loi ou les décisions de justice, ainsi qu'en Estonie. Cette mesure a permis aux tribunaux d'infliger – et même à plusieurs reprises – l'amende, dont le montant peut aller jusqu'à 32.000 euros, à la partie responsable de la non-exécution de la décision.

Or, dans de nombreux pays ce ne sont pas les tribunaux administratifs qui statuent en dernière instance sur les questions du contrôle juridictionnel du libre accès à l'information, mais les cours constitutionnelles, auxquelles il est possible d'adresser des plaintes constitutionnelles (ou autres recours juridictionnels similaires), même pour les affaires concernant le libre accès à l'information, à condition que le droit garanti par la constitution soit respecté (cf. sous-chapitre 2.1) : l'Autriche, la République tchèque, la France, la Croatie, l'Allemagne, la Hongrie, le Portugal, et la Slovénie. Par ailleurs, cette situation concerne le Royaume-Uni, où les affaires constitutionnelles sont du ressort de la Cour suprême du Royaume-Uni, et l'Espagne, où le droit au libre accès à l'information n'est pas garanti par la constitution ; néanmoins, si le refus de fournir l'information devait affecter un domaine relevant d'un autre droit, garanti par la constitution, il est possible d'introduire un recours constitutionnel.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

2.4 Entités obligées

2.4.1 Définition générale des entités obligées

Qui est tenu de fournir des informations ? Cette obligation s'applique notamment à l'État et aux institutions de l'État, de même qu'aux collectivités locales ; globalement, donc, aux autorités publiques. D'ailleurs, on peut s'attendre, si la jurisprudence susmentionnée de la Cour européenne des droits de l'homme se stabilise, à ce que les autorités publiques (public authorities) soient tenues, conformément à l'art. 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de fournir des informations, et ce à l'image de l'obligation qui leur avait déjà été imposée par ladite Convention de ne pas s'immiscer dans les affaires relevant de la liberté d'expression, réalisées par la transmission de données entre particuliers. Cependant, il subsiste quelques types d'entités, notamment dans le domaine du droit privé, pour lesquelles l'obligation de fournir des informations demeure contestable.

2.4.2 Personnes de droit privé en tant qu'entités obligées

À première vue, on pourrait penser qu'il n'y a aucune raison de soumettre des personnes de droit privé aux obligations relevant du domaine public, telle que l'obligation de fournir des informations. De l'autre côté, certaines entités de droit privé ont été chargées de l'exercice de certaines compétences relevant du domaine public, du pouvoir de décision sur les droits et obligations d'autres personnes, de la gestion de l'intérêt public, ou reçoivent des aides (financières ou autres) si importantes de la part de l'État ou des budgets publics qu'il est légitime d'exercer un certain contrôle sur elles. Par ailleurs, il existe de nombreuses entités à caractère mixte : du point de vue de leur forme, il s'agit d'entités de droit privé, mais sous une forte influence de l'État. Une influence si forte que l'on peut les considérer comme étant « l'État ».

Par conséquent, relativement rares sont les pays (la Bulgarie, le Luxembourg ou les Pays-Bas) qui ne considèrent pas les entités de droit privé comme des personnes soumises à l'obligation de fournir des informations. Or, la plupart des pays les considèrent comme telles, si elles ont été investies de certaines compétences ou chargées de certaines tâches habituellement confiées à l'État. C'est le cas de la Belgique, la République tchèque, l'Estonie, la Finlande (par exemple, l'Église évangélique luthérienne fait également partie des entités obligées), ainsi que de



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

la France¹, l'Italie, l'Allemagne, la Lituanie, la Lettonie, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la Grèce, la Slovaquie et la Suisse.

Par ailleurs, certains pays considèrent l'entité comme étant assujettie lorsqu'elle est établie ou financée par l'État : la République tchèque, la Croatie, la Hongrie, la Lituanie (dans le cas des entités dans lesquelles l'État ou la commune détient une participation majoritaire), la Lettonie (à la différence que l'assujetti n'est pas l'institution de droit privé elle-même mais l'autorité publique responsable de son fonctionnement), la Norvège (sociétés dans lesquelles l'État, la région ou la commune détient la majorité des voix dans le conseil d'administration ou détient la majorité des droits de vote pour élire directement ou indirectement les membres de celui-ci), la Slovénie, la Suède ou l'Espagne. L'Espagne a opté pour une combinaison de plusieurs seuils parfaitement quantifiables et permettant de déterminer le degré de contrôle de l'État sur un assujetti donné, sachant que l'obligation de fournir des informations est imposée aux entités privées ayant bénéficié d'une subvention ou d'une dotation supérieure à 100.000 euros ou dont au moins 40 % de recettes annuelles proviennent d'aides publiques, à condition que ces aides soient d'un montant minimum de 5.000 euros.

Plusieurs critères parmi ceux cités ont permis d'établir un lien avec la jurisprudence des tribunaux tchèques. Dans sa décision du 24 janvier 2007, affaire I. ÚS 260/06, la Cour constitutionnelle a défini cinq critères dont l'évaluation et l'équilibrage simultanés doivent permettre de conclure s'il s'agit ou non d'une institution publique et, par conséquent, d'un assujetti. Il s'agit de (i) la façon de créer ou de dissoudre l'institution (au regard de la présence ou de l'absence d'un acte de droit privé), (ii) la situation du fondateur (si le fondateur de l'institution est l'État ou non), (iii) l'entité créant les différentes autorités de l'institution (si les autorités sont créées par l'État ou non), (iv) l'existence ou l'absence du contrôle public de l'activité de l'institution et, enfin, (v) du but, privé ou public, de l'institution. Ces critères ont également été repris par la Cour administrative suprême pour désigner en tant qu'entité assujettie, par exemple, une société de transports municipaux² ; une société anonyme de gestion et d'exploitation d'un

¹ L'Arrêt du Conseil d'État du 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (n° 264541), a mis en évidence que l'obligation de fournir des informations est imposée, par exemple, à l'Ordre des avocats, aux compagnies d'assurance, aux établissements d'enseignement ou aux sociétés d'habitations à loyer modéré.

² Jugement de la CAS du 19 octobre 2011, affaire 1 As 114/2011 (2499/2012 Sb. NSS).



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

club municipal de football¹ ; ou encore la société anonyme ČEZ à position dominante sur le marché de l'électricité en République tchèque (non seulement)².

Mais nous pouvons rencontrer des solutions plus spécifiques de cette question. En Autriche, les entités tenues de fournir des informations sont définies dans plusieurs lois qui lient cette obligation à des activités concrètes. Par exemple, la Loi fédérale sur la protection des données personnelles stipule que le sous-traitant des données fournit aux demandeurs l'information relative à leurs données personnelles qu'il sous-traite (les enregistrements de caméras en font partie); conformément à la Loi relative aux informations en matière d'environnement, on fournit les informations sur l'état des différentes composantes environnementales, les organismes génétiquement modifiés, les pollutions sonores, les émissions, la consommation de ressources naturelles etc.

En Estonie, le statut d'assujetti s'applique, d'une part, aux entreprises à position dominante et aux monopolistes naturels ou, d'autre part, aux associations, fondations ou sociétés sans but lucratif, soumises à cette forme de contrôle public en raison des fonds reçus et prélevés sur le budget de l'État ou sur les budgets locaux. Dans sa réglementation fédérale, la Belgique positionne au même niveau que les autorités administratives les entités de droit privé remplissant les trois conditions suivantes : (i) la création de l'entité avait été ratifiée par le gouvernement fédéral ou par un gouvernement de région, (ii) les pouvoirs publics déterminent ses activités et les contrôlent, et (iii) peuvent imposer des obligations aux tiers. La jurisprudence hongroise, quant à elle, exige l'accès à l'information concernant les entités chargées de la réalisation de tâches d'intérêt public et de l'exercice des compétences publiques, comme l'avait constaté la Cour d'appel régionale de Budapest dans son jugement³, ordonnant à cinq grandes sociétés appartenant à l'État (Entreprise énergétique hongroise, société à responsabilité limitée, Holding d'État hongrois, société appartenant à l'État et bénéficiant d'un monopole dans le domaine des jeux de hasard et de la loterie, la Poste hongroise et la Société des chemins de fer hongroise) de publier les informations sur les salaires de leurs dirigeants.

¹ Jugement de la CAS du 29 mai 2008, affaire 8 As 57/2006.

² Jugement de la CAS du 6 octobre 2009, affaire 2 Ans 4/2009 (1972/2010 Sb. NSS).

³ Jugement du Tribunal métropolitain de Budapest du 3 février 2009, affaire 2.Pf.20.001/2009/3.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

2.5 Contenu des informations fournies

2.5.1 Schéma interne des types d'informations exclus de la fourniture

Les types d'informations peuvent être très nombreux, alors qu'il est évident que chaque type d'information n'est pas destiné au grand public. Par conséquent, la réglementation relative au libre accès à l'information détermine, en règle générale, les types d'informations pouvant être publiés – les plus grandes disparités entre les différents pays existent précisément dans l'ampleur de cette liste d'informations pouvant être fournies et dans sa structure interne.

De façon générale, nous pouvons distinguer trois approches. La première d'entre elles est une approche restrictive par rapport aux exclusions de la fourniture qui se traduit par une courte liste d'exceptions. En tant qu'exemples, on peut citer la Bulgarie ou le Portugal, alors que dans ce dernier pays il existe trois catégories d'exceptions dans l'approche des documents officiels, à savoir : a) les informations relatives à la sécurité intérieure et extérieure, b) les informations relatives aux procédures pénales, ou c) les informations concernant la vie privée des personnes. Bien évidemment, la « brièveté » de la liste ne se justifie pas forcément par l'effort de fournir un maximum d'informations mais également par le fait que ces exclusions, formulées de façon concise, comportent des notions larges ou vagues, alors qu'il est également impossible d'exclure que l'interdiction de fournir une information résultera d'un tout autre règlement.

La deuxième approche consiste à établir une longue liste d'exceptions, intrinsèquement indifférenciée, comme en Lettonie (où les exceptions figurent toutefois simultanément dans plusieurs lois), au Luxembourg, en Hongrie, en Pologne, en Autriche, en Grèce, au Royaume-Uni, en Serbie, en Espagne, en Suisse ou en Suède.

La réglementation la plus compliquée est en vigueur dans les pays qui distinguent, d'une part, les exclusions absolues, c'est-à-dire qu'il existe des types d'informations dont la fourniture est exclue *ipso facto* et, d'autre part, les exclusions relatives, c'est-à-dire les informations pour lesquelles un équilibre entre l'intérêt de publier l'information et l'intérêt de ne pas la fournir s'impose. Une telle distinction existe dans la réglementation de la République tchèque, l'Estonie, la Finlande, la France, la Croatie, l'Italie, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Slovaquie et la Slovénie.

La Belgique, quant à elle, semble avoir la réglementation la plus complexe qui distingue, d'une part, les exclusions facultatives et, d'autre part, les exclusions obligatoires, parmi lesquelles figurent, de surcroît, les exclusions absolues et les exclusions relatives. Il s'agit d'une exclusion



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

obligatoire *absolue*, lorsque la publication de l'information est en contradiction avec les intérêts protégés limitativement énumérés (vie privée, secret protégé par la loi, délibérations secrètes du gouvernement fédéral, intérêts spécifiques relatifs à la sécurité du pays), sachant que l'autorité administrative est tenue de refuser *ipso facto* l'accès à l'information et n'est pas en mesure d'effectuer un équilibrage entre l'intérêt protégé donné et l'intérêt à publier l'information. Par contre, dans le cas d'une exclusion obligatoire *relative*, l'équilibrage entre l'intérêt de la publication de l'information et les intérêts en conflit (sécurité de la population, droits et libertés fondamentales, les intérêts économiques ou financiers de la fédération etc.) est admis. L'autorité administrative peut recourir à l'exception facultative lorsqu'elle conclut, après avoir examiné les intérêts contradictoires, qu'il s'agit d'une demande qui abuse de façon manifeste du droit à l'information, qui est formulée de manière trop vague, ou lorsqu'il s'agit d'un document (incomplet) dont la publication pourrait conduire à un malentendu.

Toute une panoplie d'exceptions existe dans la plupart des réglementations nationales, alors que leur but peut consister, par exemple, à veiller à la confidentialité nécessaire par rapport à l'intérêt public ou celui de la vie privée des personnes, à éviter les conséquences indésirables pour les relations internationales, la sécurité intérieure et extérieure de l'État, l'ordre public, la vie privée et la sécurité des tiers, les procédures judiciaires et la prévention, l'instruction et la poursuite d'infractions pénales ou encore les activités de surveillance et de contrôle des autorités administratives.

Par ailleurs, nous rencontrons des exclusions qui ne sont caractéristiques que d'un pays ou d'un groupe de pays. Ainsi, en France, la fourniture des informations gérées par l'Assemblée nationale, les tribunaux ou par d'autres autorités de type judiciaire est exclue. Dans les pays nordiques (Norvège, Suède), baltes (Estonie), ainsi qu'en Hongrie, la raison de ne pas fournir l'information peut être une menace pour l'environnement ou la protection des parties de la nature ou des animaux particulièrement menacés. Comme il ressort de la discussion menée pendant le colloque, le fait de ne pas fournir l'information sur le lieu de nidification d'espèces d'oiseaux menacées est l'exemple typique de l'application de cette restriction.

À la protection des animaux vivants, l'Estonie ajoute la protection des objets inscrits au patrimoine national et des pièces de musée précieuses, ainsi que des informations sur les souffrances psychiques ou physiques d'une personne concrète. En Hongrie, les raisons relatives à la non-publication de l'information comportent également les intérêts de la politique centrale fiscale et monétaire. Toute une série d'exclusions atypiques de la publication figure dans la



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

réglementation lituanienne qui exclut : les informations mises à disposition de la radio, de la télévision nationale lituanienne et des autres diffuseurs publics financés par l'État ; les informations gérées par des écoles, bibliothèques et entités de recherche ; les informations gérées par des musées, théâtres, salles de concert ou des entités établies par les archives lituaniennes relevant de la responsabilité du gouvernement lituanien.

2.5.2 Informations sur les rémunérations du secteur public

Le fait que de nombreux États avaient organisé, quasi simultanément, une discussion publique dans la sphère judiciaire et politique pour établir, si l'information sur le montant de la rémunération des fonctionnaires doit ou ne doit pas figurer parmi les informations à publier, était l'une des constatations intéressantes pendant le colloque. Le caractère sensible de cette question est compréhensible : il y a, d'une part, l'intérêt du public souhaitant savoir comment sont utilisés les fonds publics et, d'autre part, la vie privée du fonctionnaire, qui n'est pas forcément enchanté par le fait que quiconque peut demander à son employeur, c'est-à-dire l'État ou les collectivités de droit public, le montant de ses émoluments.

Pourtant, aucun pays n'a exclu la possibilité de fournir ces informations de façon catégorique. Néanmoins, cette discussion s'est terminée dans certains États par une sorte de compromis, autrement dit, par une délimitation des informations pouvant être fournies sur les salaires et en fonction des types de fonctionnaires. Par exemple, l'Estonie distingue deux catégories de fonctionnaires : les dirigeants et les employés ; tandis que les émoluments des dirigeants relèvent du libre accès à l'information (sont publiés tous les ans avec les noms des personnes concernées), l'accès du grand public au montant des salaires des autres employés fait toujours l'objet des discussions. En République tchèque, la même approche a été adoptée par la Cour administrative suprême qui a constaté que les informations sur les salaires des fonctionnaires doivent être fournies de façon systématique, sauf s'il s'agit d'un employé qui ne participe qu'indirectement aux prises de décision de l'entité assujettie, et si, parallèlement, aucun doute ne subsiste quant au rapport coût-efficacité dans sa rémunération. Autrement dit, l'impact du fonctionnaire sur l'exercice du pouvoir public et le contrôle des fonds publics ont été les raisons clés de fournir ces informations¹.

¹ Jugement de la chambre élargie de la CAS du 22 octobre 2014, affaire 8 As 55/2012 (3155/2015 Sb. NSS).



Dans d'autres pays (tels que, par exemple, la Belgique, la Lituanie¹, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Autriche, la Grèce ou la Suisse), la seule information fournie est une information générale sur le mode de calcul de son salaire et sur son montant général, mais non sur le montant du salaire d'un fonctionnaire concret. En Allemagne, par exemple, les informations sur le salaire d'un individu sont considérées comme étant des données personnelles et ne sont fournies que si l'intérêt spécifique du demandeur d'information l'emporte sur l'intérêt de la protection de cette donnée personnelle. En France, les informations sur le montant général des grilles de salaires sont disponibles ; il est également possible de fournir une partie significative du « bulletin de paie » d'un employé concret. Par contre, les informations sur la rémunération des heures supplémentaires et les allocations familiales restent confidentielles, car elles sont trop étroitement liées à la vie privée et familiale.

Certains pays scandinaves (notamment la Suède) conservent la tradition des informations publiques. La Finlande va jusqu'à publier des informations non seulement sur les salaires, mais également sur les impôts acquittés par les différents résidents. Néanmoins, même ce degré de « caractère public » connaît ses limites, surtout lorsqu'il s'agit du traitement ultérieur de ces données. La Cour de justice de l'Union européenne a examiné précisément une tentative de publier une liste des personnes et de leurs salaires (si leur montant était supérieur à un certain seuil) dans l'édition spéciale d'un quotidien². En effet, le médiateur finlandais chargé de la protection des données personnelles souhaitait proscrire ce traitement et publication systématiques des données personnelles mais la Cour administrative suprême de la Finlande et la Cour de justice de l'UE avaient donné raison au médiateur. Ainsi, le quotidien susmentionné continue à publier uniquement les données sur les salaires des personnalités publiques, c'est-à-dire des hommes politiques, des hauts fonctionnaires, des dirigeants de sociétés, mais également des personnalités artistiques ou sportives. De façon similaire, en Slovénie, les informations sur les salaires bruts de tous les agents et représentants publics ont commencé à être publiées de façon automatique depuis 2005 suite à la décision du Commissaire à l'information prise en réponse à la demande d'un journaliste et après l'amendement de la Loi sur les salaires dans la sphère publique.

¹ Concernant les salaires versés aux employés des hôpitaux publics, ce fait fut constaté par la Cour administrative suprême de Lituanie dans le jugement n° A 492-2809/2011 du 22 septembre 2011.

² Arrêt de la CJUE du 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy*.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

2.5.3 Informations sur le secret des affaires

Le secret des affaires constitue un autre type d'information souvent exclu de la publication. En l'espèce, on peut distinguer trois catégories de pays. Dans la première qui regroupe la Bulgarie, l'Estonie, la Croatie, la France, le Luxembourg, la Hongrie, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne et l'Autriche, le secret des affaires est généralement exclu de la publication, à l'exception des cas où, parfois, la jurisprudence tente de réduire sa portée (par exemple, en Finlande, les tribunaux avaient constaté que les additifs des compléments alimentaires ne constituaient pas un secret des affaires ; similairement, les tribunaux ne considéraient pas comme étant un secret des affaires les informations sur un projet minier, concrètement sur son déroulement et le fonctionnement de la société minière).

Dans les pays appartenant à la deuxième catégorie, à savoir la Belgique, la République tchèque, la Grèce et l'Italie, si le secret des affaires n'est pas fourni sous le régime du libre accès, l'exception existe en cas de nécessité du contrôle des fonds publics. En Slovénie, la liste des exceptions, pour lesquelles il y a lieu de lever la protection du secret des affaires, est étendue aux informations en matière d'environnement (émissions, déchets, substances dangereuses et informations provenant des rapports de sécurité), et en Slovaquie également aux informations ayant un impact significatif sur la santé publique, le patrimoine mondial culturel et naturel, l'environnement et la pollution, ainsi qu'aux informations relatives aux fonds publics.

Enfin, la troisième catégorie regroupe les pays où la protection du secret des affaires est équilibrée dans les différents cas avec les intérêts plaidant en faveur de la publication d'une information donnée : la Lettonie, le Portugal, la Serbie, l'Espagne et la Suède.

2.5.4 Informations en matière des droits de propriété intellectuelle

La fourniture d'une information peut être également refusée en invoquant d'autres raisons de droit privé, à savoir la protection des droits de propriété intellectuelle. Les informations protégées par les droits de propriété intellectuelle sont expressément exclues de la fourniture en République tchèque, Estonie, France, Lituanie, Luxembourg, Hongrie, Allemagne, Pays-Bas, Portugal, Grèce, Slovénie, ainsi qu'en Belgique où, toutefois, la manière dont une information ainsi protégée doit être fournie entre en ligne de compte : lorsque le document contient des



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

informations protégées par les droits d'auteur, le consentement de l'auteur n'est pas exigé si le demandeur d'informations ne souhaite que consulter le document. Si le demandeur souhaite obtenir une copie de ce document, le consentement de l'auteur sera alors exigé.

La réglementation en vigueur dans d'autres pays est plus compliquée et préjuge que certains intérêts peuvent l'emporter sur la protection de la propriété intellectuelle et conduire à fournir l'information. Ainsi, l'Autriche a délimité, de manière générale, une série de documents qui ne sont pas soumis à la protection de la propriété intellectuelle dès qu'ils sont publiés : lois, règlements, journaux officiels, notifications, décisions et autres actes officiels. En Bulgarie, en revanche, ce type d'informations n'est pas fourni, si la fourniture devait conduire à un avantage tiré d'une concurrence déloyale, mais l'intérêt public de sa publication peut l'emporter même sur ce risque. En Croatie et en Slovénie, ces informations ne sont pas fournies, à moins que le détenteur des droits d'auteur ne fournisse un consentement écrit. En Italie, Serbie, Espagne et Suisse, la protection des droits de propriété intellectuelle établit l'exclusion qui est généralement soumise à l'équilibre avec les intérêts publics.

À l'opposé, la Finlande et la Norvège n'appliquent pas d'exclusion spécifique à la fourniture de ce type d'information. Néanmoins, en Finlande, à l'instar de la Pologne, certaines de ces informations peuvent bénéficier de la protection du secret des affaires. De même, la Norvège a défini dans quelle ampleur un document contenant les informations ainsi protégées pouvait être fourni. En Suède, les informations ainsi protégées ne sont pas fournies si un intérêt commercial y est lié, et il n'apparaît pas qu'elles puissent être publiées si leur publication cause un préjudice à la personne bénéficiant de leur protection. Or, d'autres conditions doivent être réunies : les raisons spécifiques pour lesquelles (i) l'information donnée n'était pas déjà précédemment publiée dans le cadre d'une licence artistique, (ii) l'autorité publique avait obtenu l'information même sans le consentement de l'auteur et (iii) la publication d'une telle information signifierait l'utilisation au sens des droits d'auteur.

2.5.5 Accès à l'information figurant dans des dossiers administratifs

Le régime d'accès à l'information peut différer non seulement en fonction de son contenu, mais également en fonction de son emplacement. Par voie de conséquence, deux questions du questionnaire sont axées sur les informations figurant dans un dossier administratif (le présent sous-chapitre) ou dans un dossier pénal ou similaire (le sous-chapitre suivant).



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

Si nous excluons les pays dont la réglementation ne traite pas de façon spécifique les informations figurant dans un dossier administratif, nous sommes en mesure de répartir les répondants dans trois groupes. Le premier groupe rassemble les pays qui ne fournissent les informations figurant dans un dossier qu'aux parties concernées : République tchèque, Croatie, Hongrie, Pays-Bas, Autriche, Grèce, Slovaquie, Serbie, ainsi que la Pologne, où certains documents peuvent également être communiqués aux tiers, mais après leur anonymisation.

Le deuxième groupe compte les pays qui fournissent les informations figurant dans un dossier à tous les intéressés justifiant d'un intérêt qui l'emporte sur l'intérêt de la confidentialité du dossier administratif : Estonie, Finlande (avec un accent spécifique mis sur le droit au respect de la vie privée en cas d'équilibrage entre les intérêts en conflit), Luxembourg, Allemagne (bien que certains dossiers contenant des données personnelles ne puissent être fournis qu'avec le consentement de la personne concernée), ainsi que la Suisse. Le Portugal fait également partie de ce groupe. Ce pays applique, d'une part, l'approche dite « open government », mais l'accès des tiers aux documents contenus dans un dossier administratif est conditionné, soit par l'intérêt direct personnel et légitime qui prime sur l'intérêt de la personne concernée par le document, soit par le consentement de cette personne.

Enfin, le troisième groupe réunit les pays qui, de manière générale, admettent la fourniture des documents faisant partie d'un dossier administratif, mais qui imposent néanmoins certaines dérogations. La France n'admet pas l'accès à un dossier, si cet accès devait menacer le respect de la vie privée ou celui du secret médical, ou conduire à la publication des évaluations des personnes concernées. La Lettonie fait la distinction entre la partie publique d'un dossier, dont l'accès est autorisé à tous, et la partie non publique, pour laquelle le demandeur doit démontrer de façon convaincante son intérêt à l'accès. La Suède, quant à elle, exclut de cet accès les données confidentielles, à l'instar de la Norvège. La Slovénie exclut la fourniture des données personnelles. L'Espagne admet la fourniture des informations figurant dans un dossier administratif, mais tout en respectant le principe du droit à un procès équitable.

2.5.6 Accès aux informations concernant les procédures pénales ou les sanctions administratives

Tandis que la ligne directrice générale de l'accès à l'information figurant dans un dossier administratif consistait à fournir l'information, la ligne directrice générale pour les dossiers



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

pénaux s'avère tout à fait contraire. Le seul fait que l'information figure dans un dossier pénal est une raison suffisante pour exclure, de façon absolue, cette information de la fourniture : en Finlande, en Croatie, en Lettonie, en Hongrie, en Allemagne, aux Pays-Bas ou encore en Slovaquie.

Dans les autres pays (lorsqu'il ne s'agit pas d'une question qui est si réservée à la réglementation pénale que le droit administratif ne saurait s'y appliquer, comme c'est le cas de l'Italie), il s'agit alors d'une exclusion relative : en Belgique, République tchèque, France, Lituanie et au Luxembourg (lorsque la fourniture ne menace pas les intérêts de la procédure pénale), en Norvège (la fourniture des documents peut être, par contre, reportée jusqu'à la clôture de l'affaire), en Pologne (mais uniquement avec le consentement du procureur), en Slovénie, Espagne, Suède ou en Suisse (à condition d'invoquer une raison suffisamment valable pour publier l'information). Quant à l'Estonie, les conditions sont complexes : la fourniture de l'information est soumise à la condition que sa publication ne déclenche pas une criminalité ou ne nuise pas à l'enquête menée sur un délit pénal, et ne porte pas préjudice aux intérêts de l'État dans le domaine pénal.

Les dossiers pénaux « classiques » mis à part, nous trouvons dans certains pays des dossiers qui concernent également les « actes délictueux », mais la façon de les approcher est beaucoup plus ouverte car, en règle générale, du point de vue actuel ce n'est plus l'activité qui y est décrite qui est considérée comme étant illicite mais, au contraire, le contrôle et la punition de cette activité. Il s'agit des archives de la police secrète des pays non démocratiques autrefois, et notamment des ex-pays socialistes, où l'intérêt de leur publication est surtout prédéterminé par le besoin de connaître l'histoire du pays en question. L'accès à ces dossiers est généralement réglementé par des lois spécifiques, bien qu'il s'agisse toujours de l'accès aux informations. C'est pourquoi nous concluons tout ce chapitre de notre rapport général par ce sujet.

Parfois, les deux réglementations se recoupent. Ainsi, en République tchèque (ainsi qu'en Lettonie), la fourniture des informations figurant dans ce type de dossiers est prise en compte, de façon générale, dans la loi sur le libre accès à l'information, alors que la consultation des données personnelles figurant dans les dossiers (et notamment de celles qui concernent les personnes surveillées) est soumise à une loi spécifique (et ce si largement, que la Cour constitutionnelle de la République tchèque est en train de décider, précisément au moment où l'élaboration du présent rapport s'achève, si le degré d'accès à ces dossiers n'est pas en contradiction avec la protection de la vie privée). Un accès ouvert est soutenu aussi par la Pologne, dont la Loi sur l'Institut de la mémoire nationale permet l'accès aux dossiers de l'ancienne police secrète de la



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

République Populaire de Pologne à chaque personne concernée par celui-ci, alors que les dossiers des officiers et des collaborateurs des services secrets sont accessibles à tout le monde, sans aucune restriction. En Lituanie, le degré d'accès aux dossiers des personnes ayant collaboré avec les services secrets de l'ex-Union soviétique diffère, si ces personnes avaient avoué de leur propre gré leur collaboration. Une réglementation spécifique, due au passé communiste de ses états fédérés de l'est, a également été imposée en Allemagne qui a adopté une Loi fédérale sur les dossiers du Service de la Sécurité d'État de l'ex-République démocratique allemande (appelée, sous forme abrégée, la Loi sur les dossiers de la Stasi).

Or, l'accès à ces archives ne concerne pas uniquement les pays post-communistes. Le Portugal a déplacé les dossiers de la police secrète de Salazar des années 90 dans les archives nationales, mais les documents où figurent les noms des personnes concrètes ne peuvent être consultés que par les personnes concernées. Les documents relatifs aux personnes morales ne sont mis à disposition que cinquante ans après la disparition de la personne morale. La Finlande, elle aussi, a dû résoudre ce problème d'accès aux archives des services secrets, et ce dans l'affaire dite la « liste Tiitinen », portant le nom de l'ancien chef de la Sûreté finlandaise et comportant les noms de 18 personnes auxquelles s'intéressaient les services secrets de la République démocratique allemande. Les services secrets finlandais avaient reçu cette liste en 1990 ; en 2007, un journaliste a demandé sa copie, mais les services secrets ont refusé de la fournir. Néanmoins, la Cour administrative suprême a indiqué que, manifestement, la liste n'avait pas un intérêt particulier pour les services secrets et, ce faisant, elle n'a pas partagé l'affirmation des services secrets, à savoir que la publication de la liste aurait rendu difficile le travail des services secrets à l'avenir et que, par conséquent, il s'agissait d'une raison légitime de ne pas publier cette information. Ainsi, même dans ce cas précis, le libre accès à l'information l'a emporté.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

3. Protection des données personnelles

3.1 Droit de ne pas être abandonné à soi-même

Ces derniers temps, la protection de la vie privée est considérée comme étant un domaine juridique particulièrement dynamique. La citation suivante, tirée de la revue *Yale Law Journal*, le reflète probablement de la façon la plus flagrante : « Aucun autre domaine juridique que la réglementation relative à la protection de la vie privée n'a probablement enregistré au cours du dernier siècle un tel développement. » Or, l'origine du problème se trouve dans la publication d'un commentaire avec cette citation par le *Yale Law Journal* dans le premier numéro de sa onzième année de parution. Ce numéro avait paru au mois de novembre 1901¹, ce qui signifie que le terme « siècle dernier » ne se rapporte pas au vingtième, mais au dix-neuvième siècle.

Il en découle que le problème de la délimitation de la sphère intime de l'individu n'est pas nouveau et n'est pas, non plus, lié aux technologies modernes de l'information et de la communication. Par conséquent, nous sommes aujourd'hui confrontés au contenu actuel de la désignation métaphorique du droit à la vie privée comme « le droit d'être laissé tranquille » (« right to be let alone »), dont l'auteur est le juge américain Thomas McIntyre Cooley et qui avait été popularisé dans l'article de Warren et de Brandeis², d'une façon très similaire à celle qu'avaient connue les juristes il y a plus de cent ans.

Récemment, la Cour constitutionnelle de la République tchèque a également contribué, bien qu'involontairement, à la recherche du sens de la notion « le droit d'être laissé tranquille », en le traduisant en langue tchèque quelque peu maladroitement comme « droit d'être abandonné à soi-même »³. Tandis que la locution « le droit d'être laissé tranquille » génère une idée plus ou moins agréable du droit de l'homme à être laissé tranquille, s'il le souhaite, sa traduction malhabile par la Cour constitutionnelle de la République tchèque nourrit plutôt une vision dépressive d'une île inhabitée et de l'homme abandonné à lui-même. Ainsi, l'exigence de « privacy

¹ Comment: The Right to Privacy. *Yale Law Journal*. 1901, année 11, n° 1, p. 53-55.

² Cf. Warren, S. D., Brandeis, L. D. The Right to Privacy, 1890, *Harvard Law Review*, vol. 4(5), p. 193.

³ Point 27 de la décision adoptée en session plénière par la Cour constitutionnelle du 22 mars 2011, affaire Pl. ÚS 24/10, n° 94/2011 du Recueil. Lien : <www.nalus.usoud.cz>.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

by design »¹ ou « privacy by default »² signifierait alors quelque chose qui ressemblerait à une nécessité de définir des conditions technologiques et juridiques par défaut de façon à ce que chaque personne, si elle ne le souhaite pas autrement, « soit abandonnée à elle-même ».

Or, Thomas Hobbes écrit, et ce déjà en 1651, que l'objectif primaire du droit consiste, au contraire, à ne pas abandonner implicitement l'homme à son sort, c'est-à-dire à ne pas le laisser de façon illimitée à la merci de ses propres faiblesses³. Par conséquent, si le droit fonctionne comme il doit fonctionner, non seulement nous ne devons pas avoir un droit implicite d'être abandonnés à nous-mêmes, mais au contraire, nous avons le droit implicite de ne pas rester abandonnés à nous-mêmes⁴.

La tension entre ces deux positions fondamentales, c'est-à-dire le droit à la tranquillité et le droit de ne pas rester abandonné, est à la base de non seulement la réglementation relative à la protection de la vie privée, mais également de toutes les institutions de droit constitutionnel, administratif, pénal ou civil concernant directement la vie privée. Par conséquent et compte tenu de la situation actuelle de la société, de l'expérience historique, du développement technologique et des autres facteurs, une réglementation donnée et ses applications concrètes sont fonction du choix de la solution entre les pôles contradictoires que représentent la liberté et la solidarité.

Il en résulte que la téléologie dominante de la réglementation relative à la vie privée n'est pas dictée uniquement par la liberté de l'individu, mais également par sa protection adéquate confinée dans les limites de la solidarité et répondant aux standards de la culture juridique concernée. Par voie de conséquence, il est impossible d'alléguer, par exemple, que la protection

¹ Il s'agit d'un concept demandant l'ancrage des principes de protection de la vie privée et des données personnelles, soit directement, dès la préparation et la configuration des nouveaux systèmes techniques (en ce sens, il est ancré en tant qu'exigence obligatoire dans le Règlement général sur la protection des données personnelles – règlement n° 2016/679), soit par délégation, et ce également pendant la préparation des nouvelles politiques. Cf. exemple suivant pour plus d'informations sur ce concept : SCHATUM, Dag Wiese. Making privacy by design operative. *International Journal of Law & Information Technology* [online]. 2016, année 24, n° 2 ; ou MANTELEO, Alessandro. Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour. *International Data Privacy Law* [online]. 2013, année 3, n° 4.

² Concernant la notion, cf. WEBER, Rolf H. Privacy management practices in the proposed EU regulation. *International Data Privacy Law* [online]. 2014, année 4, n° 4.

³ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan, Or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth, Ecclesiastical and Civil*. Project Gutenberg, 2009, ebook n° 3207.

⁴ Le rôle du droit en tant qu'outil censé aider l'homme à lutter contre ses propres faiblesses et défauts est également éloquemment illustré par Platon dans son ouvrage *Les Lois*. Il y écrit que le but des lois consiste à aider l'homme à atteindre ses « victoires les plus grandes » et, au contraire, à éviter ses « défaites les plus avilissantes », c'est-à-dire à emporter la victoire sur soi, ou plutôt à ne pas perdre dans la lutte contre ses propres faiblesses – cf. Plato, *Laws*, trad. Jowett, B., 2008, Project Gutenberg, ebook n° 1750.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

qui préserve mieux l'homme dans sa sphère intime est meilleure – cette allégation serait aussi stupide que l'affirmation que le meilleur alcool est celui qui a un degré d'alcool plus élevé.

Du point de vue philosophique, le droit à la vie privée est à l'origine de la protection de la vie privée¹. En effet, nous présumons que les interventions illégitimes dans la vie privée de l'homme peuvent conduire à une menace réelle ou potentielle pour sa capacité de gérer librement sa vie privée. Cette capacité est indissociablement liée à la possibilité de l'homme de décider de sa vie privée, y compris du contrôle sur sa sphère intime². Par conséquent, le droit d'être laissé tranquille signifie dans ce contexte, avant tout, le droit à disposer du degré d'exposition de sa vie intime au monde extérieur.

La composante centrale de la vie privée des individus, dont l'importance grandit avec l'utilisation de plus en plus fréquente de technologies de l'information et de la communication, est sa composante informationnelle³. La vie privée protégée à l'égard de l'information concerne principalement le droit d'être laissé tranquille au regard des données puisées dans la sphère privée de l'homme. De façon traditionnelle, une réglementation donnée – dans ce cas précis, surtout dans le domaine du droit privé – se concentre sur les situations où les données appartenant à la sphère intime de l'individu sont obtenues, puis traitées, par une entité externe (il s'agit notamment, par exemple, de la situation où une personne prend en photo une autre personne). Or, la réalité sociale actuelle, déterminée par la technologie, apporte un changement essentiel, car c'est plutôt la personne elle-même, dont la vie privée est concernée, qui génère le plus souvent, volontairement ou involontairement, les données relatives à sa vie privée. Hormis les « selfies », devenus incontournables, on peut également citer les réseaux sociaux ou les différentes conséquences de l'utilisation des moyens de communication mobiles. En effet, ces

¹ Le contexte de la protection de la vie privée est ainsi ancré par la Cour européenne des droits de l'homme, conformément à l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme. Cf., par exemple, KOOPS, Bert-Jaap et al. *A Typology of Privacy [online]*. SSRN Scholarly Paper. ID 2754043. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2016 p. 10 [vid. du 13 avril 2016].

² Ce point de vue se reflète, par exemple, dans la fameuse division de la vie privée d'Alan Westin (WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967), et il est respecté également par les autres auteurs qui se sont intéressés à la nature systématique interne de la large notion de « vie privée ». Par exemple, FINN, Rachel L.; WRIGHT, David; FRIEDEWALD, Michael. Seven types of privacy. In: *European Data Protection: Coming of Age*. Dordrecht, Heidelberg, New York, London: Springer Netherlands, 2013.

³ Dans leur article, Koops et al. avaient bien présenté ce phénomène dans la typologie proposée de la vie privée, où la composante informationnelle de la vie privée recouvre les autres formes identifiées de celle-ci. KOOPS, Bert-Jaap et al. *A Typology of Privacy [online]*. SSRN Scholarly Paper. ID 2754043. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2016 p. 68–71 [vid. du 13 avril 2016].



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

derniers génèrent, souvent même à l'insu de leurs utilisateurs, une trace de l'information, détaillée de façon inédite jusqu'à présent et concernant leur vie privée¹.

3.2 Rôle des tribunaux administratifs dans le système de protection des données personnelles

Dans tous les États qui ont participé à cette étude, il existe une protection administrative des données personnelles en tant que partie spécifique de l'ordre juridique, relativement indépendante de la protection de droit privé de la personnalité, respectivement de la protection de la vie privée *stricto sensu*. Sans tenir compte du fait que les États, dont les plus hautes instances administratives ont apporté leur contribution grâce à leurs rapports nationaux, sont les membres de l'Union européenne ou non, nous pouvons ainsi constater l'existence dans ces États des règles juridiques mettant en place un régime spécifique de protection juridique immédiate des données personnelles, basé sur une méthode administrativo-juridique de la régulation et sur le contrôle et la sanction des autorités administratives compétentes.

De manière générale, la tâche des plus hautes instances administratives est soit de revoir les décisions rendues par ces autorités administratives, soit de traiter les plaintes des entités dont les droits ont été atteints par leur inaction. À cet égard, une étude a démontré, lors de sa première phase, l'existence des différences, plutôt mineures, entre les juridictions qui reposaient principalement sur la manière dont les plaintes concernant la protection des données personnelles arrivaient jusqu'aux plus hautes instances administratives. D'autres différences mineures ont été observées en ce qui concerne la nature des décisions des plus hauts tribunaux administratifs ou des conseils d'État – tandis que dans une partie de rapports nationaux ces décisions ont été désignées, dans le cadre des ordres juridiques nationaux, comme finales (ce qui implique la possibilité qu'elles soient suivies de plaintes portées devant la Cour européenne des droits de l'homme)², une partie importante de rapports nationaux avaient évoqué la possibilité que les participants aux procédures judiciaires puissent contester lesdites décisions en portant plainte ou en réclamant les poursuites judiciaires, de plus, devant les Cours constitutionnelles ou les Conseils constitutionnels.

¹ Les autres impacts potentiels, fortement négatifs, du traitement des données personnelles par le biais des moyens de communication mobiles ont été rapportés, il y a déjà quelques années, par le groupe de travail institué conformément à la directive n° 95/46/CE, dans son avis n° 2/2013 concernant les applications dans les moyens de communication intelligents (WP 202. Lien : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp202_cs.pdf)

² Cela concerne par exemple l'Autriche et l'Allemagne.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

D'autres différences intéressantes ont été constatées dans les rapports nationaux concernant le nombre d'instances et la nature du contrôle juridictionnel des décisions administratives. Le modèle le plus couramment appliqué est basé sur des décisions portées en une ou deux instances des organes administratifs qui pourrait attribuer à l'administrateur ou le sous-traitant concerné, sur la base d'une violation constatée concernant les obligations relatives à la protection des données personnelles, une amende et/ou des mesures correctives. Une telle décision peut ensuite être révisée sur la base d'un recours administratif dans le cadre d'une procédure judiciaire administrative en une ou deux instances. Cependant, le dernier (respectivement dans certains cas l'unique) degré de contrôle juridictionnel se présente généralement sous forme de recours en cassation.

Le modèle alternatif est celui des États dans lesquels la décision initiale relative à une amende ou mesure corrective est de nature administrative, mais ladite décision n'est pas délivrée directement par l'autorité administrative chargée de traiter la question. Au lieu de cela, la décision est portée au niveau de l'autorité administrative par un groupe d'experts indépendant, respectivement un tribunal. Dans ce type de procédure, qui peut être professionnellement désignée comme un modèle contradictoire d'un tribunal spécialisé, le bureau agit principalement comme un enquêteur et requérant. En ce qui concerne le tribunal spécialisé, celui-ci agit comme organisateur de ses activités et comme exécuteur de ses décisions, mais cela sans qu'il n'existe une subordination ou une autre dépendance fonctionnelle entre le bureau et l'organe décidant au premier ou deuxième niveau. Par rapport au modèle standard de la décision administrative révisée par la suite par le tribunal, le modèle contradictoire d'un tribunal spécialisé est particulièrement intéressant car, en ce qui concerne sa nature, il n'est pas nécessaire de prendre en considération un contrôle juridictionnel avec plusieurs instances. Nous avons une raison de supposer une réelle indépendance de l'organe décideur, et cela déjà au niveau de la décision administrative.

Une combinaison des deux modèles de processus mentionnés ci-dessus est une solution qui a été la moins représentée dans notre étude, du moins d'un point de vue statistique. Cela suppose la situation où une autorité administrative enquête seulement de manière autonome sur la violation de la protection des données personnelles. Cependant, sur la base des preuves recueillies, l'autorité n'agit pas seule, mais son rôle est de déposer la proposition de décision, y compris les éventuelles sanctions, devant le tribunal administratif. Par rapport à la première alternative susmentionnée, la différence réside dans ce cas principalement dans le fait que les



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

enquêtes menées par l'autorité administrative ne sont pas achevées par une décision autoritaire, mais seulement par une proposition ; les sanctions ou les mesures correctives ne peuvent entrer en vigueur sans décision rendue par un tribunal.

3.3. Activité des autorités administratives de protection des données personnelles

Notre étude comparative n'était pas basée sur la statistique, de ce fait, nous n'avons pas traité la comparaison du nombre de cas de violation de la protection des données personnelles des jurisprudences particulières. Le résultat des données statistiques dans ce cas ne serait probablement pas très pertinent car il existe d'importantes différences entre les juridictions concernant, en dehors de leur simple taille, également par exemple les questions de la mise en place de grands transformateurs commerciaux des données personnelles, la rigueur des règles de droit pertinentes (par exemple dans les domaines du droit de la santé, de la protection des consommateurs, etc.) ou les disparités dans l'attitude des différents États en ce qui concerne l'étendue des données traitées par le secteur public.

Cependant, malgré ces différences, il ne nous a pas été possible d'ignorer les conclusions de certains rapports nationaux, et cela dans le sens où l'idée des affaires relatives à la protection des données personnelles est minime ou même tout à fait négligeable. Sur la base de demandes informelles dirigées individuellement vers les rapporteurs nationaux sélectionnés, nous avons noté une conclusion intéressante qui est cependant, en raison de l'impossibilité d'effectuer une vérification empirique, plutôt spéculative ; cela concerne sans aucun doute les dispositions individuelles de hauts fonctionnaires des autorités administratives compétentes.

Dans les États comptant le nombre le plus faible de litiges concernant l'examen des décisions administratives publiées dans le cadre de la protection des données personnelles, les hauts fonctionnaires des autorités administratives compétentes ont été décrits, lors des discussions informelles, comme personnalités peu marquantes et souvent avec une forte expérience acquise lors de leur exercice précédent dans diverses fonctions politiques.

Dans les États avec des niveaux plus élevés d'action judiciaire douteuse, il s'agissait de personnalités ayant d'excellentes carrières et occupant des fonctions administratives ou judiciaires, appartenant à une sphère académique, au secteur civil, ou encore d'anciens journalistes. Cette différence pourrait principalement être due à la corrélation entre la force d'une autorité administrative et l'effort des entités recevant les sanctions administratives ou des



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

mesures correctives davantage conséquentes, dans le but de renverser ultérieurement leurs effets désavantageux sous forme d'un contrôle juridictionnel.

Nous pouvons ainsi généralement constater qu'un pourcentage extrêmement faible de contrôles juridictionnels concernant les décisions administratives publiées à l'encontre des administrateurs ou sous-traitants des données personnelles agissant illégalement peut être considéré comme relativement problématique dans le cadre des jurisprudences de moyenne ou grande envergure. Le régime légal de la protection des données personnelles est plein de notions incertaines et de contextes compliqués dont l'interprétation concrète, influencée par l'évolution permanente de la situation sociale et économique, est généralement une question concernant les activités d'application des autorités portant les décisions dans les cas individuels.

En premier lieu, l'interprétation des règles de droit revient aux autorités administratives. Cependant, leur légitimité à l'achèvement des droits légaux est relativement plus faible en comparaison avec les tribunaux indépendants. Si dans ce cas les décisions administratives ne sont pas soumises aux tribunaux administratifs pour contrôle juridictionnel, et cela pour une raison quelconque (généralement pour des raisons de sanctions beaucoup trop faibles), l'interprétation des autorités administratives ne constitue pas ainsi l'objet d'une révision judiciaire critique. De plus, dans les États membres de l'Union européenne, il existe le risque que même un cas difficile de problème d'interprétation, qui pourrait devenir lors d'un contrôle juridictionnel l'objet d'une question préjudicielle, en l'absence de contrôle juridictionnel de l'affaire donnée, celui-ci sera uniquement évalué par une autorité administrative compétente. De ce fait découle également la possibilité réelle de pratiques d'interprétation diamétralement différentes au sein de différents États membres, ou même dans leurs diverses parties (pays composés par exemple de Länder)¹.

3.4 Concentration des pouvoirs

Un autre aspect institutionnel relativement intéressant de la protection des données personnelles est, au niveau des autorités administratives compétentes, la concentration des pouvoirs avec

¹ La différence d'interprétation dans la pratique du droit relatif à la protection des données personnelles a été constatée par le contrôleur européen Peter Hustinx, qui se référait au rapport de la Commission sur l'application de la Directive 95/46/CE et il avait désigné cet état comme l'un des motifs justifiant la nécessité de la réforme du système européen de protection des données personnelles et de la création du nouveau règlement. HUSTINX, Peter. *EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation* [online]. P. 26-27 [cit. 1. 10. 2016]. Lien : <http://www.statewatch.org/news/2014/sep/eu-2014-09-edps-data-protection-article.pdf>.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

d'autres programmes concernant les organismes d'information. Une partie des rapports nationaux relevaient le fait que leurs autorités chargées de la protection des données personnelles se tiennent exclusivement à ce programme¹, tandis que dans d'autres États, ledit programme est associé à la protection du droit à l'information². Les rapports nationaux ont également démontré que généralement, les rapporteurs considèrent une telle concentration comme solution appropriée, et cela principalement pour des raisons spécifiées à l'introduction de la présente publication, autrement dit, il s'agit de point de vue philosophiques et méthodologiques de la solution du même problème d'interprétation et d'application.

De plus, la pratique avait démontré que l'une des raisons les plus courantes pour lesquelles les pouvoirs publics refusent de fournir les informations est justement la protection de la vie privée ou des données personnelles. Si la protection du droit à l'information et des données personnelles est concentrée au niveau du processus administratif sous la responsabilité d'une seule autorité administrative, cela représente une solution aux conflits réglementaires étant davantage efficace et ayant une cohérence mutuelle. La sécurité juridique est ainsi renforcée, et cela même sans que les litiges concernant une sorte de « passage » proportionnel entre les deux dangereux extrêmes de navigation soient nécessairement traités par les tribunaux.

À cet égard, nous avons plutôt curieusement constaté que les autorités administratives ayant des pouvoirs concentrés dans les deux programmes administratifs ne montrent pas suffisamment de force lors des poursuites concernant la protection des données personnelles en rapport avec le droit à l'information. On pourrait raisonnablement supposer que lorsque la protection des données privées et du droit à l'information sont institutionnellement distinctes, les autorités administratives compétentes vont avoir une approche plus radicale ; nous pouvons ainsi supposer que les organismes évaluant les questions de la protection des données personnelles se tourneront davantage vers une protection renforcée. Cependant, la réalité avait mis en évidence que dans les cas de pouvoirs institutionnellement déconcentrés, les organes décidant sur le droit à l'information ont, au contraire, tendance à hypertrophier la protection des données personnelles et l'utiliser comme une excuse pour ne pas devoir fournir les renseignements demandés, alors que les autorités de protection des données personnelles critiquent plutôt cette procédure comme étant trop extensive. Au niveau du processus

¹ Ceci représente un modèle majoritaire appliqué par exemple en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et en Suède.

² Ce modèle minoritaire est appliqué en Slovénie et en Serbie.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

décisionnel administratif, la protection des données personnelles devient ainsi, et cela tout à fait paradoxalement, la raison de refus du droit à l'information qui est moins fréquente et moins extensive, dans les cas où les deux compétences sont concentrées sous la responsabilité d'une seule autorité administrative.

Outre la concentration de la protection des données personnelles et le droit à l'information, une autre solution très intéressante émerge : la déconcentration sectorielle de la protection des données personnelles sur la base du principe sectoriel¹. Cela serait, de l'avis des rapporteurs nationaux, une solution relativement efficace. Il s'agit d'un système dans lequel la protection des données personnelles au niveau général est bien gérée par une autorité administrative, mais cela concerne seulement les secteurs spécifiques où il existe un ajustement de fond pour le traitement des données personnelles qui est encore plus rigoureux en comparaison avec la protection générale, et l'activité de contrôle et les compétences en matière de sanction reviennent aux organes spécialisés. Ce modèle institutionnel a été également l'objet d'un débat en séance plénière lors de laquelle ont été présentées en détail des solutions spécifiques pour les secteurs des soins de santé et de services bancaires. Dans les deux cas, il s'agit de secteurs ayant leur propre régulation spécifique et leur propre système d'organes de contrôle ; ces organes peuvent ainsi également effectuer, en plus des contrôles standards de ces activités réglementées, le contrôle de la protection des données personnelles.

Parmi les avantages de la déconcentration sectorielle de la protection administrative des données personnelles figure sans aucun doute une plus grande efficacité et une meilleure possibilité de prise en compte des spécificités sectorielles du traitement des données personnelles lors de la prise de décisions relatives aux mesures correctives ou aux sanctions. Le risque d'une telle solution représente la possibilité de créer progressivement les différences dans l'approche de l'interprétation des dispositions législatives relativement vagues du régime légal général de la protection des données personnelles dans différents secteurs ; les régulateurs sectoriels, outre les règles sectorielles spécifiques protégeant les types pertinents de données (c'est-à-dire les dossiers médicaux, secrets bancaires, etc.), doivent appliquer également la réglementation générale de la protection des données personnelles et leur interprétation peut différer d'un organe à l'autre. Ces différentes disparités peuvent par la suite créer des inégalités

¹ Ce modèle est appliqué, par exemple, dans le cas du système judiciaire en matière de protection des données personnelles en Allemagne.



infondées entre les administrateurs¹ et les sous-traitants des données personnelles provenant de divers secteurs. Dans les cas où ces disparités d'interprétation peuvent avoir des effets négatifs, il existe une possibilité de réparation sous forme de contrôle juridictionnel des décisions administratives concernées.

3.5 Légitimité produite du système judiciaire administratif

Pour la deuxième partie de notre étude comparative nous avons le choix, sur la base de l'analyse des rapports nationaux, parmi un certain nombre de thèmes très attrayants. Le plus grand intérêt des rapporteurs nationaux avait probablement été porté, lors du débat sur la première partie de l'étude comparative qui a eu lieu lors de la conférence tenue à Brno, sur la question de la proportionnalité entre la protection de la vie privée et le besoin de transparence de la part des autorités publiques devant les plus hautes instances administratives.

Cette question est traitée dans sa complexité dans l'ouvrage bien connu « *Judicial Deliberations* » du théoricien juridique canadien Mitchel de Lasser². L'ouvrage observe les différences entre diverses cultures juridiques sur la base d'une comparaison des processus discursifs et de légitimation qui sont appliqués dans les institutions judiciaires de haut niveau. Lasser présente la Cour suprême américaine et la Cour de Cassation française en tant que standards des deux cultures juridiques. Cependant, il relève également le niveau de transparence des activités décisionnelles de ces instances d'un point de vue extérieur.

Le professeur de la théorie juridique et l'ancien juge de la Cour suprême des Pays-Bas, Marc Loth, poursuit les travaux de Lasser lorsqu'il parle de la légitimité entrante et produite des tribunaux³. Comme facteurs entrants de la légitimité, il désigne, par exemple, le processus de sélection des juges, leur formation, la présence et la fonction des avocats généraux, la

¹ L'administrateur des données personnelles est une personne qui détermine l'objet de leur traitement et qui en est responsable. Le sous-traitant est un partenaire contractuel de l'administrateur qui effectue le traitement des données pour son compte et pour lequel les responsabilités reviennent à l'administrateur. Plus d'informations concernant les notions VAN ALSENOY, Brendan. Allocating responsibility among controllers, processors, and "everything in between": the definition of actors and roles in Directive 95/46/EC. *Computer Law and Security Review* [online]. 2012, année 28.

² LASSER, Mitchel de. *Judicial deliberations: a comparative analysis of transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Oxford studies in European law.

³ Nous présentons parmi ses textes par exemple LOTH, Marc A. Courts in Search of Legitimacy: the Case of Wrongful Life. In: SELLERS, Mortimer (ed.). *Autonomy in the Law*. Amsterdam: Springer Netherlands, 2007.; LOTH, Marc A. Courts in a quest for legitimacy. In: HULS, Nick; ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (eds.). *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

participation du public à des activités de prise de décision (par exemple sous forme des cours d'assises), etc. Comme facteurs produits de la légitimité des tribunaux, il remarque alors les manières autoritaires ou informelles dont les tribunaux se distinguent à l'extérieur. En plus de la structure, du contenu ou de la forme de la publication des décisions de justice, il relève par exemple les manières par le biais desquelles sont par la suite informellement publiées et commentées lesdites décisions (y compris les commentaires publics faits par les juges) et d'autres formes sous lesquelles les tribunaux diffusent l'information sur ses activités. L'outil de la légitimité produite du pouvoir judiciaire constitue, selon Loth, également par exemple la façon dont les juges informent le public sur leurs biens, sur leur vie professionnelle ou même leur vie personnelle.

La structure théorique de Loth concernant la notion de la légitimité produite nous a servi pour définir l'ensemble des questions pour la deuxième partie de l'étude comparative. La notion de la légitimité produite désigne *de facto* la voie idéale entre les deux extrêmes (qui sont en même temps extrêmement dangereux) étant devenus l'objet de notre recherche comparative, à savoir, entre la transparence et la protection de la vie privée. Le choix de la meilleure voie a pour conséquence l'effet idéal de la légitimation et une déviation de cet idéal conduit toujours au risque qu'un déficit de la légitimité apparaisse. Pourtant il est vrai, comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, qu'il n'existe pas de corrélation directe entre la légitimité du pouvoir judiciaire et la transparence, ni – au contraire – entre la légitimité et la protection de la vie privée. Nos ambitions dans la deuxième partie de notre étude n'avaient pas pour but de trouver le niveau idéal de transparence des processus discursifs qui se déroulaient au sein des plus hautes instances administratives, et cela tout simplement parce qu'il n'existe aucun idéal objectif.

3.6 Forme de publication comme facteur de la qualité de l'information d'une décision de justice

La question du caractère public d'une décision de justice a servi de base de comparaison dans la deuxième partie de l'étude. Le principe du caractère public (publicité) du pouvoir judiciaire est pourtant bien évidemment l'un des éléments fondamentaux de la justice européenne. Il représente l'expression de la légitimité démocratique de la justice et, outre l'aspect du contrôle



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

public, il s'agit des caractéristiques qui définissent le système de gouvernement basé sur le principe de la séparation des pouvoirs.

Dans ce sens, notre étude comparative n'a apporté aucune conclusion surprenante. Toutes les plus hautes instances administratives qui ont participé à l'étude décident ainsi principalement par voie publique. Cela signifie que le tribunal agit publiquement, les décisions sont annoncées publiquement et sont ensuite disponibles sous différentes formes au public. Ce principe compte de nombreuses exceptions concernant les informations confidentielles, les cas présentant une forte sensibilité sociale (y compris les cas où les décisions sont prises sur les droits de l'enfant, les procédures d'asile), etc. Chaque juridiction diffère notamment en ce qui concerne la question de la procédure qui mène à la limitation de la prise de décision de justice sous forme publique. On peut observer une différence entre les systèmes des États dans lesquels il est exclu directement par la loi que l'affaire soit traitée publiquement et où l'exclusion du public est décidée sur proposition de façon ad hoc ou même sans proposition¹. En outre, la proportion des tendances à mettre les décisions en ligne diffère également. Certains États publient par principe toutes les décisions sur Internet², d'autres limitent cette forme de publication lorsqu'il s'agit des décisions sensibles³, alors que par d'autres moyens, celles-ci peuvent être accessibles.

La question de diffusion des décisions de justice est en rapport avec ce qui vient d'être mentionné. Les juridictions impliquées dans l'étude comparative ne différaient pas dans le fait qu'en plus de l'annonce par voie orale, la décision est envoyée directement aux parties à la procédure, et cela sous forme électronique ou papier. De plus, la décision est archivée dans le dossier, encore une fois, sous forme électronique ou papier.

Cependant, les juridictions particulières marquaient des différences significatives en ce qui concerne les questions de la publication des recueils de décisions de justice. L'objectif initial des recueils sous format papier de la jurisprudence était la publication des décisions des plus hautes instances qui peuvent avoir des conséquences pratiques de leur application et qui seraient en général difficiles à obtenir (l'intéressé devrait ainsi subir une procédure complexe afin de pouvoir accéder à un dossier désormais clos)⁴. Par conséquent, le recueil servait à la fois comme

¹ Il s'agit par exemple de l'Estonie.

² Par exemple, la République tchèque, la Hongrie et le Luxembourg.

³ Tels sont, par exemple, les cas de réfugiés et les cas relatifs à la sécurité, à titre d'exemple nous pouvons citer la Pologne.

⁴ De façon générale, sur l'évolution des pratiques de publication des décisions en République tchèque, cf. BAŇOUCH, Hynek et KÜHN, Zdeněk. Sur la publication et la citation de la jurisprudence ou pourquoi la



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

outil pour alerter le public des professionnels vis-à-vis de l'important avis d'interprétation du tribunal compétent, et comme canal d'informations par le biais duquel les tribunaux communiquaient au public sur des activités de prise de décision¹.

Nous pouvons bien évidemment affirmer que la nécessité d'un recueil imprimé est assez discutable car si le verdict est annoncé publiquement et est accessible depuis le dossier, le public a la possibilité d'en prendre connaissance même sans l'existence des recueils. La forme de communication du verdict aux professionnels ainsi qu'au grand public constitue dans ce cas l'élément clé et illustre la différence entre les données et les informations décrites dans l'introduction de la présente publication.

Le verdict en lui-même représente des données qui sont, selon leur qualité, seulement utiles pour informer la société. Même un verdict parfaitement rédigé, qui résout le fameux problème très complexe de l'interprétation, pourrait seulement positivement impressionner le système juridique. Le niveau d'utilisation de ce potentiel est pourtant une question de communication de la décision au groupe cible visé (principalement à la communauté professionnelle).

Si un tel verdict est annoncé publiquement et par la suite, il est archivé dans le dossier, il est peu probable qu'il pourrait résoudre tout autre chose que le statut juridique des parties concernées. Toutefois, si une telle décision est publiée de façon appropriée, son potentiel de devenir l'information dans le sens le plus exact du terme est davantage multiplié². Pourtant, il ne s'agit pas d'une question de publicité obligatoire, étant donné que cette condition est remplie dans tous les cas (le verdict est annoncé publiquement) mais d'une publicité pratique assurant, en rapport avec une décision de qualité, une information finale (organisation) du système juridique en vigueur.

Nous pouvons même constater que le potentiel organisationnel d'une décision de justice est défini, à côté de sa qualité de contenu, directement par la forme réellement communiquée au

jurisprudence rappelle parfois les habits neufs de l'empereur. *Právní rozhledy*, 2005, vol. 13, n° 13, p. 484-495.

¹ Concernant la question de la décision de justice en tant que norme influençant directement la sécurité juridique des destinataires de normes. Cela est traité par exemple dans KNAPP, Victor. *Teorie práva*. 1^{ère} publication Prague : C.H. Beck, 1995, p. 206-207. Manuels juridiques.

² Les bonnes informations sont celles qui ont un effet positif sur le système d'organisation. Pour plus d'information à ce sujet cf. WIENER, Norbert, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*, second edition. Cambridge: MIT Press, 1965. ISBN 0-262-73009.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

public. Dans le même temps, sa disponibilité pratique et permanente est aussi importante que sa publication.

Une vérité un peu désagréable est cependant le contraire logique de la corrélation directe susmentionnée. Une mauvaise décision de justice de par son contenu peut ainsi avoir un impact négatif non seulement sur le statut juridique des parties auxquelles la décision est adressée, mais également sur le système juridique lui-même, ce qui est doublement vrai pour les instances suprêmes. Si, en plus, une telle décision a été publiée et rendue disponible de manière permanente, son effet désorganisant (chaotisant) est donc logiquement multiplié.

En tout état de cause, ce qui résulte des faits susmentionnés démontre que la forme de la publication et l'accessibilité ultérieure aux décisions de justice revêtent pour le fonctionnement de la loi, en tant que système d'information, une importance cruciale et cela, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'une décision du tribunal dans la culture juridique européenne continentale ou dans la culture juridique de Common Law. C'est pourquoi nous avons accordé une attention particulière aux questions de l'édition (y compris l'anonymisation) et de la publication des décisions de justice dans la deuxième partie de notre étude.

3.7 Recueils traditionnels des décisions de justice

En ce qui concerne la question de la publication des décisions de justice, notre étude comparative a démontré qu'une partie des plus hautes instances administratives n'utilise plus les recueils de décisions de justice à des fins de publication de leurs activités de prise de décision¹. La plupart du temps cela est justifié par le fait que l'ensemble de leur jurisprudence est librement disponible en ligne.

Les plus hautes instances administratives qui émettent les recueils ou qui participent à leur émission le font pour perpétuer la tradition mais plus fréquemment lesdits recueils sont émis pour des raisons de publication des décisions sélectionnées auxquelles ces instances accordent une attention spécifique et attribuent une signification particulière². Les cas pratiques de la prise de décision des plus hauts tribunaux administratifs et conseils d'État génèrent en fait différents niveaux de décision de portée générale. Ces instances décident ainsi, l'une à côté de l'autre, les litiges dont le résultat a un impact majeur sur le fonctionnement du secteur juridique particulier.

¹ Il s'agit par exemple de la Belgique, la Norvège, la Grèce et l'Italie.

² Dans ce cas, il s'agit par exemple de l'Estonie, la France et la Suède.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

En outre, les questions qui revêtent une importance uniquement pour les parties à la procédure font l'objet d'une décision. Le recueil ne constitue pas un outil adapté pour atteindre la disponibilité quantitative des décisions particulières (celles-ci sont dans la plupart des cas accessibles au public via des ressources disponibles gratuitement en ligne), mais il remplit en particulier la fonction indicative, c'est-à-dire, il informe le public sur les décisions qui ont un sens plus large que celui qui est en lien avec les parties concernées.

En général, les recueils des décisions de justice peuvent être divisés en trois catégories de base : juridiques, officielles et privées¹. Dans le cas des recueils légaux, l'obligation de leur publication revient à des tribunaux compétents ou à toute autre autorité publique directement par droit. Concernant les recueils officiels, il n'existe aucune obligation légale pour leur publication mais l'instance judiciaire compétente les crée et publie de sa propre initiative. Les recueils privés sont publiés par les organismes de droit privé et le tribunal compétent ou le Conseil d'État participent à leur création uniquement en fournissant les textes de leurs décisions ; la sélection ou l'éventuelle édition desdites décisions sont entièrement gérées par un éditeur privé.

Dans le cadre de notre étude, nous avons noté également une combinaison des modèles susmentionnés de publications officielles et privées. Dans certains cas, le tribunal sélectionne, par exemple, les décisions à publier qui sont ensuite transmises aux éditeurs privés ; ceux-ci les éditent et complètent en rajoutant les index ou commentaires afin de les publier ultérieurement².

Les rapports nationaux des États, dans lesquels les recueils des décisions de justice sont publiés, avaient traité de manière plutôt détaillée les questions relatives à la sélection des décisions pour cette forme de publication. À cet égard, on ne saurait conclure qu'il pourrait exister une solution standard, car la forme et le processus de sélection des États participants sont significativement différents.

Dans certains cas, la décision concernant la sélection des décisions de justice dans le recueil vient directement du juge qui les formule (c'est-à-dire, le juge rapporteur) ; par la suite c'est lui seul qui évalue le niveau d'importance d'une de ses décisions pour la communauté des professionnels ou le grand public³. Une variante similaire constitue la sélection des décisions pour

¹ Pour plus d'information sur l'histoire de la publication des recueils de décisions de justice voir BOBEK, Michal. Úvahy o uveřejňování soudních rozhodnutí. Právní rozhledy, 2010, année 18, n° 11, p. 396-401.

² Ce système de publication des décisions fonctionne par exemple au Portugal, en Croatie ou en Autriche.

³ Cette méthode est utilisée par exemple en Allemagne et en Autriche.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

le recueil par l'organe émetteur de ces décisions, c'est-à-dire par la chambre ou le collègue compétent(e)¹. Même dans ce cas, la décision concernant la publication des décisions dans le recueil revient à celui dont le lien avec ladite décision est le plus proche, à savoir, l'organe décideur lui-même.

Toutefois, les possibilités de sélection des décisions à publier dans les recueils publiés par les participants de la présente étude comparative ne sont guère épuisées. Les décisions sur la publication des décisions de justice peuvent également provenir du président du Tribunal², d'un employé de l'administration judiciaire spécialement mandaté³ ou même de l'assemblée entière⁴.

L'importance de l'autorité sélectionnant les décisions à publier dans le recueil correspond à la valeur accordée à la décision donnée par le tribunal compétent, la communauté professionnelle ou les médias. Si la décision concernant la publication de la décision de justice provient du juge ou de la chambre ayant publié ladite décision, son incorporation dans le recueil est généralement considérée comme sans grande importance pour le système juridique de la juridiction compétente. S'il s'agit d'un classement des décisions à publier qui a été décidé par une chambre spécialisée ou par une conférence plénière, ceci est le signal que ces décisions de justice sont d'une plus grande importance générale ou d'une qualité remarquable.

Sur la base du contenu des rapports nationaux, nous avons des raisons de croire que dans les États où il existe des recueils sélectifs des décisions de justice, leur publication pourrait probablement continuer, et cela sans prendre en compte le fait que la grande majorité des juridictions participantes à l'étude publie d'ores et déjà en ligne l'ensemble des jurisprudences des plus hautes instances juridico-administratives. Outre la fonction indicative, c'est-à-dire en soulignant l'importance des décisions de justice sélectionnées, les recueils ont dans certains cas également une fonction esthétique considérable. Sans exagération ou connotation humoristique, nous pouvons ainsi constater que dans certaines cultures juridiques orientées plutôt traditionnellement, une publication sous forme papier des recueils des décisions de justice a une signification particulière dans la finalisation de l'esthétique globale du fonctionnement des instances administrativo-judiciaires suprêmes et du système juridique lui-même. Les éditions de

¹ Il s'agit par exemple de la Slovaquie, la Lettonie et la Lituanie.

² Comme c'est le cas de la Hongrie.

³ En Lituanie, il est d'abord procédé à une présélection des décisions à publier par les employés de l'administration judiciaire ; cependant, la sélection doit être ultérieurement confirmée par la majorité des juges.

⁴ Les décisions à publier sont sélectionnées également en République tchèque.



recueils complètent dans ces cas non seulement l'aspect esthétique des bureaux de greffe, mais on peut également les voir dans les cabinets d'avocats, chez les notaires, etc. (En dépit du fait que les textes de décisions de justice peuvent être obtenus plus rapidement et moins cher via les TIC). Leur fonction technique est également considérable notamment pour les avocats qui préfèrent, pour une raison quelconque, les textes sous forme papier au lieu de l'encre électronique ou de les consulter sur un écran¹.

Dans le cadre de la publication des recueils sous format papier, nous avons constaté lors de l'évaluation des rapports nationaux, l'existence d'un autre problème juridique et organisationnel. Il concerne les juridictions des États membres de l'Union européenne, dans lesquels les recueils sont bien préparés par les tribunaux (autrement dit, là où le tribunal sélectionne et éventuellement édite les décisions de justice particulières), mais la publication ultérieure est réalisée sur la base d'un contrat exclusif par une entité commerciale choisie. Étant donné que les amateurs conservateurs des publications sous format papier se font de plus en rares, dans le cas des petites et moyennes juridictions cela représente pour l'éditeur un commerce peu rentable. De ce fait, les tribunaux négocient avec les éditeurs des contrats exclusifs relatifs à la publication de leurs recueils, alors que l'exclusivité est dans ce cas utilisée comme incitation pragmatique à ce qu'une entité commerciale puisse réellement être intéressée par cette activité².

Dans ce cas, le problème se trouve au niveau de la sélection des décisions de justice à publier (que ce soit sous forme éditable ou à l'état brut) qui doit être qualifiée, du point de vue juridique, comme information du secteur public³. Les différents systèmes juridiques nationaux diffèrent sur le fait de savoir si ou à quel niveau l'État ou un tribunal particulier applique les droits patrimoniaux et d'auteur concernant les décisions de justice collectées, cela ne change rien au fait que lorsque ces informations sont divulguées à des fins d'utilisation commerciale⁴. Les tribunaux compétents doivent procéder de manière non discriminatoire et éviter des affaires commerciales exclusives. Des arrangements contradictoires à cette règle, y compris les clauses d'exclusivité

¹ Selon Bobek, l'avantage des recueils sous forme papier est également la forme matérielle du texte qui est fixe et ne propose pas de possibilité de le rééditer ultérieurement. Voir BOBEK, Michal. Úvahy o uveřejňování soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*, 2010, année 18, n° 11, p. 396-401.

² Dans le cas de la Croatie, il s'agit par exemple du même éditeur privé qui publie le recueil des lois.

³ Concernant la notion, voir EECHOUD, Mireille Van; JANSSEN, Katleen. Rights of Access to Public Sector Information. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2013, année 6, n° 3.

⁴ Plus d'informations sur la notion et le principe de réutilisation voir VALERO-TORRIJOS, Julián ; PARDO-LÓPEZ, María M. Institutional Backing and PSI Reuse: is the EU Going Too Far or Just Going in the Wrong Way? *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2013, année 6, n° 3.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

dans les contrats relatifs à la fourniture de données pour la publication des recueils des décisions de justice sous format papier, sont soit juridiquement inapplicables, soit inexécutoires.

En tout état de cause, cela signifie que si comparait par devant un tribunal d'un État membre de l'Union européenne une autre entité qui a conclu un contrat d'exclusivité avec un éditeur concernant son recueil des décisions en exigeant que les mêmes données lui soient communiquées simultanément et aux mêmes conditions de licence que l'éditeur sélectionné, le tribunal serait vraisemblablement tenu, malgré l'exclusivité conclue, de les lui fournir.

3.8 Anonymisation

En ce qui concerne la publication des décisions de justice, que ce soit par le biais d'un recueil sous format papier ou via les services du réseau Internet, il est impératif de se préoccuper de la question de la protection de la vie privée des personnes participant à la procédure et dont la décision publiée traite. La notion d'anonymisation désigne le processus par lequel il est possible de supprimer d'un document particulier les données personnelles, autrement dit les données attribuables à une personne physique identifiée ou identifiable¹.

Fondamentalement, on se pose bien évidemment la question de l'existence d'une raison pertinente à s'interroger sur l'anonymisation en tant que procédure d'édition implicite par laquelle doivent passer toutes les décisions destinées à une plus large publication. En effet, il est possible d'argumenter, comme c'est le cas en ce qui concerne les recueils des décisions de justice, que la procédure et son résultat sont intrinsèquement publics et l'objet de la publication, en dehors des exceptions spécifiques, (par ex. les informations confidentielles, les procédures concernant les mineurs, etc.), est également l'identité des personnes participant à la procédure. En effet, les personnes agissent publiquement devant le tribunal et l'original de la décision, étant partie intégrante d'un dossier judiciaire clos, comprend toujours les données concernant leur identité. Donc, si quelqu'un manifeste un réel intérêt concernant l'affaire matérielle, et cela ne

¹ Dans le cas d'anonymisation, il faut attentivement examiner le niveau de traitement du document source. À l'heure actuelle, on parle plutôt de pseudonymisation, un processus qui cache les données d'identification primaires et limite l'éventuel processus d'identification des personnes concernées. Cependant, le texte reste à l'état qui permet de valoriser les informations utiles. Si la qualité informative du document source doit rester conservée, il n'est pas possible d'obtenir une anonymisation absolue. Dans certains cas, une « anonymisation » mécanique abrégant les noms aux initiales peut avoir une connotation comique, comme c'est l'exemple de « Président V. K. ». [N.d.T. – il s'agit de l'ex-président Václav Klaus] Plus d'informations concernant la notion d'anonymisation : OHM, Paul. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*. 2009, année 57, n° 6.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

représente pas un cas d'exemption au principe restrictif des procès publics, il peut ainsi prendre connaissance de l'identité des acteurs de l'affaire donnée.

Par analogie avec l'argumentation sur la qualité de l'information d'une décision de justice dans les cas susmentionnés, concernant la publication des recueils, même ici nous pouvons argumenter en utilisant la théorie de l'information. L'effet informatif résultant de la décision de justice est ainsi défini non seulement par sa qualité (c'est-à-dire, entre autres, par la présence ou l'absence de données d'identification de ses acteurs), mais aussi par son mode de publication. Il existe une grande différence entre l'accessibilité à une décision de justice dans un dossier que l'intéressé peut consulter au tribunal ou aux archives judiciaires aux heures d'ouverture en se déplaçant en personne, en présentant une pièce d'identité et, éventuellement, en justifiant d'un intérêt légal, d'une part, et l'accessibilité à la même décision par un site internet accessible à tous, à tout moment et en tout lieu d'autre part. L'effet d'identification d'une personne dans la décision annoncée publiquement et archivée dans le dossier est totalement incomparable à l'effet de la même identification dans la décision que l'on retrouve, par exemple, en saisissant le prénom et le nom dans un moteur de recherche Internet¹.

Nous avons donc conclu que le principe d'un procès public n'implique pas une interdiction générale d'anonymisation des décisions qui sont destinées à une plus large publication, par exemple via les recueils ou les outils en ligne. Dans le même temps, plus l'outil de publication utilisé est efficace, plus il augmente l'exposition de la sphère des informations privées des personnes dont les données sont contenues dans la décision concernée.

Le point de vue sur l'anonymisation des décisions de justice destinées à être publiées s'est développé de manière assez mouvementée, notamment au cours des deux dernières décennies. Il s'agit de la conséquence du développement des technologies de l'information et de la communication et des services du réseau mondial Internet permettant d'avoir accès et de traiter un grand nombre de données, jusqu'à présent sans précédent. À ce propos, l'analyse des rapports nationaux a permis de montrer que la question d'anonymisation est dans un certain nombre de juridictions toujours relativement ouverte et dans un grand nombre de cas, elle constitue le sujet des débats publics et professionnels. Cette conclusion a également été confirmée ultérieurement dans le cadre de la session plénière de la Conférence de Prague, où ce sujet a provoqué de très

¹ Selon l'argumentation de la Cour de Justice de l'Union européenne sur la décision de Google Espagne (C-131/12), les moteurs de recherche Internet servent d'intermédiaire pour accéder au contenu sur Internet et jouent ainsi un rôle exceptionnel pour permettre le flux de l'information.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

vives discussions informelles. Dans le même temps, la thèse argumentée au début du présent chapitre a également été confirmée; il n'existe aucune solution objectivement idéale, c'est-à-dire, un chemin idéal entre les extrêmes de la vie privée et de la transparence qui pourrait servir à toutes les juridictions participantes.

Dans tous les cas, l'étude comparative a démontré que la grande majorité des juridictions utilise l'anonymisation comme outil implicite pour la protection de la vie privée des personnes participant à la procédure, à savoir les parties, les témoins, etc. La seule exception dans ce sens était le cas de l'Estonie dont le rapporteur national présentait le modèle inversé, c'est-à-dire une transparence implicite où l'anonymisation des décisions est appliquée dans des cas justifiés, et cela en tant qu'exception au principe.

L'approche estonienne confirme que la recherche d'une solution optimale est toujours une question de conditions juridiques et culturelles locales. Si le système de justice administrative estonien est basé sur une publication implicite des décisions non anonymisées, il ne s'agit pas d'une anomalie mais d'une conséquence logique du contexte culturel basé sur l'histoire du système juridique estonien. Plus précisément, il s'agit d'une conséquence de la préférence traditionnelle de la société estonienne conduisant à une transparence générale. La deuxième raison principale est la taille de la juridiction estonienne. Ainsi, dans une discussion portant sur le rapport national estonien, il a été fait un constat légèrement surestimé, mais à la fois justifié et illustratif : en Estonie, tout le monde connaît tout le monde et de ce fait, il est plutôt inutile de vouloir cacher quoi que ce soit.

Les autres juridictions avaient spécifié, à travers leurs rapports nationaux, les modèles de l'anonymisation des décisions de justice, qui, comme il a été indiqué plus haut, ont été fondés sur l'anonymisation implicite des décisions disponibles au public par le biais des recueils, des publications sous format électronique ou d'autres canaux d'information¹. Les différences entre les juridictions concernées étaient notamment liées au type de données anonymisées ainsi qu'à la procédure d'anonymisation.

En règle générale, l'anonymisation est appliquée pour les données personnelles générales des personnes physiques mentionnées dans le texte de la décision publiée, à savoir les noms,

¹ Dans le cas de l'environnement juridique tchèque, ce canal représente la possibilité de demander des informations en vertu de la loi du J.O. n° 106/1999, relative au libre accès à l'information. L'autorité sollicitée ici dans la plupart des cas le tribunal qui a rendu la décision, a l'obligation de fournir le document sous une forme complète non discriminatoire qui peut être édité dans la limite d'exceptions réglementées prévues par la loi (par exemple, s'il s'agit justement des données personnelles ou de secrets commerciaux).



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

adresses et autres identificateurs uniques (numéros personnels, numéros de documents d'identité, etc.). Tous les noms et autres données d'identification directes sont anonymisés dans certaines juridictions administratives, tandis qu'une partie des rapports nationaux avait précisé les types de données personnelles qui restent non anonymisées. Le plus souvent et par principe, les données personnelles des juges, respectivement des membres des chambres qui se prononcent sur la question et éventuellement les données des autres fonctionnaires judiciaires ne sont pas anonymisées, Certaines juridictions conservent également implicitement dans les textes des décisions publiées les données personnelles des avocats.

La partie minoritaire des rapports nationaux avait constaté une anonymisation implicite des données qui, par définition, ne sont pas les données personnelles¹ et qui identifient les personnes morales. Il s'agissait principalement des États qui, dans le cadre de leur système législatif, accordent aux personnes morales une protection similaire de la vie privée comme pour les personnes physiques².

En général, on peut constater que l'anonymisation conduit toujours, comme tout mode d'édition restrictive, à la réduction de la valeur informative globale des décisions de justice publiées. De cette manière, la suppression des données d'identification des personnes se traduit, dans tous les cas, par une plus grande difficulté lors de la recherche d'une décision donnée car la recherche par nom est ainsi rendue impossible³. La suppression des autres identificateurs spécifiques peut finalement conduire à une réduction de la valeur explicative de toute une décision⁴.

Comme exemple illustrant les faits ci-mentionnés, nous pouvons avoir recours aux anciennes pratiques d'anonymisation de la Cour suprême tchèque. Dans le passé, sa procédure d'anonymisation englobait un large circuit de données d'identification et, entre autres, de marques commerciales. La jurisprudence concernant les marques déposées, la Cour dans laquelle statuait sur les similitudes (anonymisées) mutuelles entre les marques commerciales verbales et

¹ La directive européenne 95/46/CE établissant le cadre européen pour la protection des données personnelles définit dans le premier paragraphe de l'article. 1 l'objectif suivant : « [assurer] la protection des droits fondamentaux et des libertés des personnes physiques et en particulier leur vie privée, en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel. » La protection des données personnelles concerne ainsi uniquement les personnes physiques vivantes.

² Il s'agit par exemple de l'Autriche.

³ Un bon exemple pratique du fonctionnement de la pratique décisionnelle dans laquelle les noms des parties sont conservés peut être observé en ce qui concerne les activités de la Cour de Justice de l'Union européenne dont les décisions sont généralement connues justement d'après les parties participantes.

⁴ Voir ci-dessus, note 39.



certaines désignations (anonymisées) commercialement utilisées, devenait peu utilisable pour déterminer les pratiques actuelles d'interprétation. Dans la base de données de la jurisprudence, traitant la façon dont la Cour évaluait la similitude verbale, il était possible d'apprendre uniquement le fait que la « marque commerciale M. peut être interchangeable avec la désignation du produit M. »

Le problème lié à l'étendue des données anonymisées doit être tôt ou tard résolu, et ce problème est également lié aux possibilités techniques des outils analytiques avancés et automatisés qui sont communément désignés comme technologie de Big Data¹. Parmi les possibilités de leur utilisation figure également le traitement des contextes dans des fichiers de données volumineuses et l'association ultérieure des différentes catégories de données de manière à désanonymiser (identifier) une personne en particulier dans le fichier de données anonymisées. Même dans le cas où une décision, publiée sous format électronique, est anonymisée en ce qui concerne les données qui identifient directement une personne donnée, l'association des données non spécifiées d'une décision de justice avec d'autres données provenant de diverses sources ouvertes et fermées (par ex. les réseaux sociaux, les infos sur web, les registres publics, etc.) peut permettre d'identifier des personnes d'une décision de justice anonymisée.

Ce problème peut être illustré par un exemple banal d'association de données issues d'une décision de justice anonymisée avec celles issues d'un registre du commerce ou d'un autre registre des personnes morales. Si la décision donnée n'est pas anonymisée par rapport aux éléments caractéristiques d'une personne morale et si cette décision désigne la personne donnée comme étant par exemple un représentant statuaire, d'après les données anonymisées dans la décision de justice (typiquement les initiales), il est possible d'identifier assez précisément la personne dont il s'agit.

Cet exemple traite d'une association des données anonymisées et non anonymisées tout à fait banale pour lesquelles il n'est même pas nécessaire d'utiliser des outils analytiques sophistiqués. La qualité croissante de ces outils ainsi que l'étendue grandissante des données externes accessibles augmente de ce fait la probabilité de désanonymisation, et cela même dans les cas où la désanonymisation analytique, en utilisant la force humaine, ne soit intéressante ou

¹ Concernant la notion, voir CUMBLEY, Richard; CHURCH, Peter. Is "Big Data" creepy? *Computer Law & Security Review* [online]. 2013, année 29, n° 5.



ne soit même objectivement réalisable. Nous pouvons également constater le circuit croissant de données non spécifiques qui, malgré l'anonymisation d'une décision donnée, peuvent conduire à l'identification des personnes concrètes.

Il n'existe aucune protection efficace contre ce phénomène technique, à l'exception peut-être d'une interdiction totale de publication sous format électronique des décisions de justice en général. En effet, il n'est pas possible de déterminer à l'avance quelles données non spécifiques contenues dans une décision de justice peuvent en particulier servir au système de Big Data pour identifier les personnes en combinant les données anonymisées de la décision avec d'autres données (à cette fin peut servir pratiquement toute donnée de la partie factuelle de la décision). La solution contraire, c'est-à-dire la suppression complète de l'anonymisation implicite, est pour les raisons citées ci-dessus, dans la majorité des cas de juridictions représentées dans la présente étude comparative, actuellement inimaginable, et cela pour des raisons culturelles ou autres.

Comme nous l'avons souligné, les rapports nationaux montraient des divergences en ce qui concerne la problématique de l'étendue des données anonymisées ainsi que la procédure d'anonymisation. Pour la majorité des plus hautes juridictions administratives, l'anonymisation est réalisée par le tribunal émetteur de la décision. Un rapporteur national a identifié seulement un cas unique de mécanisme d'anonymisation réalisée partiellement par une entité externe ; il s'agissait de situation où l'anonymisation était effectuée de manière automatisée et qui était suivie par le fournisseur de la solution logicielle concernée¹.

Dans d'autres cas, l'anonymisation de la décision est confiée au personnel du tribunal administratif, le plus souvent aux employés chargés d'activités liées au traitement ou à la publication des décisions de justice². La responsabilité concernant l'anonymisation est habituellement supportée soit par le Président du tribunal³, soit par le juge rapporteur⁴.

Une solution combinée intéressante de l'anonymisation figurait dans le rapport national suédois : ici, la responsabilité de l'anonymisation et de l'édition des décisions à publier sous forme de recueil sous format papier revient à un juge à la retraite spécialement sélectionné. La mise en valeur d'une vaste expérience professionnelle d'un ancien juge de la plus haute instance administrative représente probablement une solution idéale pour la sélection des décisions et

¹ Il s'agit de la Bulgarie.

² Par exemple la Croatie, la Pologne et la Slovaquie.

³ Exemple de la Lettonie.

⁴ Exemple de l'Allemagne.



leur édition afin qu'elles puissent être publiquement publiées, et cela malgré le fait précisé dans l'introduction que l'humain est incapable de reconnaître objectivement la qualité informative des données. En effet, l'humain, pour des raisons inconnues, est à priori incapable de reconnaître le potentiel des données et pour avoir un avis clair, il doit toujours attendre de voir comment se comporteront les données dans un système donné. Nous ne sommes jamais capables de déterminer à l'avance ou de déduire par logique si certaines données (par exemple le contenu d'une décision de justice) ont un potentiel informatif ; autrement dit, si elles peuvent avoir une influence positive sur l'organisation de la société. Concernant la question de la capacité humaine à estimer (et non déterminer) le potentiel informatif d'une décision de justice, l'intuition constitue l'élément clé dont la composante la plus importante est l'expérience. Le juge compétent émérite ne doit pas forcément connaître le contenu actuel de l'ordre juridique ou réciter les numéros d'anciennes décisions importantes. L'accent est mis sur l'ensemble de son expérience professionnelle et privée. Si au sens figuré, le plus haut tribunal administratif de la Suède demande à un juge à la retraite quelles décisions devraient être publiées dans le recueil et sous quelle forme, il s'agit d'un cas similaire comparable à celui d'un avocat débutant demandant conseil à un collègue plus expérimenté concernant un problème complexe d'interprétation¹.

La dernière question étudiée dans le cadre de l'étude comparative concernant l'anonymisation traite de l'édition rétrospective des décisions précédemment anonymisées dans le cas où les règles encadrant l'anonymisation auraient été modifiées. Il arrive que les règles de l'anonymisation des décisions de justice changent au fil du temps, plus souvent on constate un rétrécissement du circuit des données anonymisées (cependant, comme résultat du risque de désanonymisation susmentionnée, le circuit des données anonymisées pourrait pourtant s'élargir à l'avenir). La question est alors de savoir si un tel changement pourrait également affecter ex-post les décisions précédemment anonymisées. Si le circuit des données anonymisées rétrécit, une adaptation rétrospective de la jurisprudence existante signifierait donc une rétro-désanonymisation des données, qui, selon les nouvelles règles, ne seront plus soumises à l'anonymisation.

Concernant cette question, nous avons recensé seulement deux types de réponses ; une partie des plus hautes instances administratives avait constaté qu'elles n'avaient pas à chercher

¹ Concernant la notion, voir KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Prague : Karolinum, 2002.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

les solutions à ce problème tout simplement parce que jusqu'à présent, de tels changements n'ont pas eu lieu et de ce fait, la question ne se pose pas¹. La deuxième partie de réponses relevait que même si dans le passé, les règles d'anonymisation ont été changées, elles ne concernaient que les décisions nouvellement publiées et les données plus anciennes n'en ont pas été affectées².

La réalité est que toute édition rétrospective de décisions antérieurement publiées serait techniquement extrêmement difficile et coûteuse. En outre, son effet ne se traduirait que partiellement car, bien évidemment, il ne concernerait pas les recueils sous format papier antérieurement distribués ou les décisions antérieurement téléchargées par les utilisateurs via des applications Web. Par contre, nous ne pouvons pas ignorer le fait qu'un changement de règles d'anonymisation peut conduire à une discrimination factuelle des décisions antérieures (c'est-à-dire, les décisions publiées lors de l'ancienne pratique d'anonymisation), et cela notamment en raison des algorithmes de recherche en ligne. Ceux-ci sont toujours optimisés par rapport à la forme actuelle d'une décision de justice donnée. Il peut cependant arriver que la recherche des décisions antérieurement anonymisées puisse causer des problèmes en comparaison avec les décisions publiées sur la base de la pratique actuelle d'anonymisation.

3.9 Publication des décisions de justice en ligne

En dehors de l'anonymisation, notre étude comparative ciblait également les manières par le biais desquelles les décisions des plus hautes instances administrativo-juridiques sont publiées via les services du réseau Internet. La fonction des plateformes de publications ou des répertoires en ligne est pourtant complètement différente par rapport au cas des recueils susmentionnés. Lors d'une publication en ligne, l'objectif recherché n'est pas une mise en valeur des décisions de justice intéressantes ou autrement importantes pour le public mais l'assurance d'un accès permanent et facile à la souche la plus large possible de la jurisprudence pour ceux qui s'intéressent, à tout moment, à une question particulière de la pratique juridique³. Alors que la qualité informative globale dans le cas des recueils est influencée par la méthode de sélection des décisions publiées, le succès d'une plateforme de publication en ligne dépend principalement de

¹ Par exemple, il s'agissait de la Grèce, la Pologne, la Slovénie et l'Allemagne.

² Par exemple la Croatie et l'Espagne.

³ Sur les avantages d'une large publication des décisions de justice, voir BAŇOUCH, Hynek et KÜHN, Zdeněk. Sur la publication et la citation de la jurisprudence ou pourquoi la jurisprudence rappelle parfois les habits neufs de l'empereur. *Právní rozhledy*, 2005, vol. 13, n° 13, p. 484-495.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

la simplicité du processus de recherche de toute information sur la pratique décisionnelle de l'une des plus hautes instances administratives pouvant être intéressante pour une personne donnée.

Tous les plus hauts tribunaux administratifs ainsi que les conseils d'État participant à l'étude comparative mettent à disposition leurs pratiques décisionnelles par le biais des outils en ligne. Le contenu des bases de données de la jurisprudence en ligne est basé sur la pratique décisionnelle complète. À partir de cette règle, nous avons noté quelques exceptions mineures : certaines des plus hautes instances administratives ne publient pas les décisions à caractère technique par l'intermédiaire d'Internet ; il s'agit alors des décisions traitant par exemple en exclusivité les questions purement procédurales¹.

En ce qui concerne le mécanisme de la publication des décisions de justice, les rapports nationaux ont relevé l'existence de trois modèles de communication de base. Environ la moitié des plus hauts tribunaux administratifs publie sa jurisprudence par le biais de ses propres sites Web². La publication en ligne de la jurisprudence est, dans ce cas-là, réalisée sous la responsabilité du plus haut tribunal administratif ou du conseil d'État. Une autre possibilité constitue en la publication de la jurisprudence par l'intermédiaire des services en ligne exploités par d'autres autorités publiques, généralement par exemple à travers les portails judiciaires exploités par des administrations du secteur de la gestion et de l'autogestion de la justice ou par le biais de diverses applications de l'e-gouvernement³. Dans plusieurs cas, les plus hautes instances administratives profitent également, pour la publication de leurs décisions de justice, de la coopération avec des fournisseurs privés de services à la société d'information⁴.

L'une des composantes importantes d'accessibilité à la jurisprudence administrative est sa compétence technique pour le traitement ultérieur. Aux fins de notre étude comparative, nous avons choisi deux questions techniques qui concernaient les formats de données sous lesquels la jurisprudence est disponible et les possibilités d'obtention non seulement des décisions uniques

¹ L'Allemagne ne publie pas les décisions qui sont uniquement procédurales ; la Croatie publie par exemple toutes les décisions relatives à la validité des règles de droit et seulement certaines décisions concernant les droits subjectifs des parties d'un litige. La sélection est effectuée par un bureau du greffe dédié à l'étude de la jurisprudence, et cela en se basant sur l'importance d'une décision donnée.

² Par exemple l'Estonie, la Pologne et la Suède.

³ Par exemple en Hongrie, la publication en ligne est effectuée exclusivement par une autre institution que celle du tribunal (les publications sont gérées par le Conseil National de la magistrature), et par exemple en Finlande, la publication des décisions en ligne est réalisée à la fois sur le site Internet du tribunal ainsi que sur le site Internet d'une autre institution (où les décisions sont publiées dans le système d'information géré par le ministère de la Justice).

⁴ En Norvège, l'accès à la publication en ligne d'une décision donnée est payant.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

mais des jeux de données entiers (autrement dit, des bases de données structurées englobant le secteur entier de la jurisprudence ou l'une de ses parties, y compris les métadonnées).

Bien qu'il puisse sembler que ces deux questions soient plutôt de nature technique, elles ont un impact majeur sur la manière dont la jurisprudence peut finalement arriver jusqu'à nous, ou selon les dires de Bentham, « en subconscience » de l'homme¹ qui cherche la réponse à une problématique juridique donnée de l'interprétation. L'utilisation de formats techniques facilite le traitement ultérieur, et permet ainsi d'englober lors de la recherche dans un secteur de la jurisprudence, en plus des systèmes de justice officiels, les outils indépendants. Cela facilite notamment pour les fournisseurs de solutions commerciales juridico-informatiques la création de systèmes sophistiqués permettant l'indexation détaillée de la jurisprudence selon différents critères, sa combinaison avec d'autres sources d'information juridique (généralement avec la législation nationale ou européenne, la jurisprudence des tribunaux internationaux, etc.) ou même la création des systèmes hautement spécialisés capables de traiter de manière sophistiquée la jurisprudence d'un domaine donné. Par exemple, en matière de protection de la propriété industrielle ou de la protection des données à caractère personnel. Ces fonctionnalités, pour lesquelles existe une demande réelle, demandent en règle générale des investissements qui, pour des raisons évidentes, ne peuvent pas être assumés par les plus hautes instances administratives elles-mêmes. Ainsi, cela laisse une place aux solutions commerciales indépendantes.

Outre le fait que les formats techniques appropriés peuvent, au final, faciliter la disponibilité de la jurisprudence et promouvoir l'activité économique des fournisseurs indépendants des systèmes d'information juridique, leur utilisation est dans certains cas obligatoire. Les États membres de l'Union européenne sont soumis à l'obligation d'utiliser les formats de données appropriés pour un traitement ultérieur par machine, et ce conformément à la directive PSI² et la législation nationale en vigueur. Par conséquent, l'utilisation de ces formats

¹ BENTHAM, Jeremy. *Of Promulgation of the Laws and Promulgation of the Reasons Thereof*. Le texte provient du premier dossier digitalisé d'essais édités initialement en 1843 et composés par Sir John Bowringem. Informations disponibles en ligne sur <http://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/promul/index.html>.

² Directive n° 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, modifiée par la directive 2013/37/UE. La problématique générale PSI, y compris l'orientation sur les spécificités sélectionnées, est traitée en détail dans un numéro spécial de la revue de droit de l'Université Masaryk : *Journal of Law and Technology* (2012, année 6, n° 3). Les exigences techniques concernant la fourniture des informations sous forme de données ouvertes et la possibilité de traitement PSI par



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

de données pour les plus hauts tribunaux administratifs dans les États membres de l'Union européenne est non seulement appropriée mais elle constitue même une alternative obligatoire. Dans le cadre de notre étude comparative, le format HTML standard était parmi l'un des formats de données les plus utilisés. Le service génère ainsi par défaut les décisions de justice recherchées, selon les paramètres, au format de la page web. Dans un certain nombre de juridictions, les documents idoines sont également disponibles sous d'autres formats non exclusifs comme .txt ou .rtf.¹ Il était également souvent possible d'obtenir le document en format .pdf.²

La meilleure valorisation ultérieure possible constitue un prérequis pour une gestion efficace des informations du secteur public. Outre les éventuels obstacles juridiques (licences), la valorisation des informations peut ensuite être entravée par l'utilisation d'un format sous lequel l'information se trouve qu'il n'est pas possible de traiter avec une machine. En dehors du cadre de cette étude empirique, il est utile de souligner que si le format .pdf est utilisé comme une alternative à l'un des formats indiqués ci-dessus, cela représente évidemment une solution adaptée. Par contre, s'il s'agit du seul format disponible sous lequel la décision peut être copiée depuis la base de données en ligne de l'un des tribunaux administratifs ou du conseil d'État, cela devient assez problématique³. Le format .pdf ne convient pas au traitement postérieur automatisé et les systèmes d'indexation ou d'autres traitements de la jurisprudence sont forcés de convertir tout d'abord les documents .pdf dans un format de données plus pratique.

La solution idéale en ce qui concerne la réutilisation des informations du secteur public est bien évidemment la possibilité d'obtenir le jeu de données complet, y compris les métadonnées⁴. Ceux qui sont intéressés pour effectuer un traitement ultérieur de la jurisprudence n'ont pas besoin, dans ce cas, de se lancer dans leurs propres systèmes de traitement des décisions de justice particulières, mais peuvent se consacrer davantage à leur analyse sémantique et systématique complexe.

Un inconvénient certain concernant la disponibilité de jeux de données entiers représente un risque potentiel, traité ci-dessus, d'atteinte au droit à la vie privée. Le risque augmente

machine, voir par exemple CHLAPEK, Dušan et al. *Open data et les CHIENS en République tchèque* [en ligne]. Topic Report No. 2014/03. ePSI Platform. 2014 [vid. 19 mars 2016].

¹ Cela concerne, par exemple, l'Autriche et la Hongrie ou la Norvège.

² C'est le cas, par exemple, de l'Allemagne et de la Lettonie.

³ Par exemple, la Suède.

⁴ En Croatie, cette procédure est gratuitement mise à disposition directement par le tribunal, et en Finlande par l'intermédiaire du système du ministère de la Justice. En Allemagne, il est possible de demander les données sous ce format, leur mise à disposition est payante.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

davantage avec le nombre croissant de données contenues dans le jeu car leur traitement ultérieur peut conduire à la désanonymisation des données préalablement rendues anonymes. Une telle utilisation d'un jeu de données, c'est-à-dire dans le but de la désanonymisation, est bien évidemment illégale et contraire au traitement des données personnelles d'un point de vue juridique. Il s'agit d'un acte interdit. En pratique, il est cependant difficile de le prouver et les autorités administratives nationales du secteur de la protection des données personnelles ont une marge de manœuvre très restreinte pour repérer et sanctionner un tel acte. Dans le même temps, il est cependant nécessaire d'admettre que le risque de désanonymisation est également comparable dans le cas où les jeux de données ne sont pas accessibles car la personne voulant désanonymiser les données illégalement peut obtenir les données comparables en téléchargeant une décision particulière après l'autre depuis la base de données judiciaire.

Le dernier aspect de publication des décisions de justice en ligne analysé lors de notre étude comparative concernait les documents d'accompagnement et autres données publiées conjointement aux décisions de justice. Il a été confirmé que les plus hautes instances administratives qui permettent aux juges d'émettre également avec les décisions de justice des avis différents, rajoutent ces avis directement aux décisions de justice publiées¹. D'autres types de données accompagnant les publications des décisions en ligne apparaissaient plus rarement dans les rapports nationaux ; les plus hauts tribunaux administratifs et les conseils d'État se limitent, à cet égard, presque exclusivement aux éventuels communiqués de presse ou aux brefs résumés des passages d'interprétation les plus importants des décisions pertinentes. Dans le cadre de la présente étude comparative, nous n'avons pas trouvé de cas où le tribunal publierait également en plus d'une décision finale, par exemple, l'historique d'une affaire donnée (à savoir les données de différents dépôts, etc.), ou même le contenu d'un document.

3.10 Légitimité par l'intermédiaire de la communication publique des juges

Dans la dernière partie de notre étude comparative, nous avons également traité les aspects personnels de la légitimité externe des plus hautes instances administratives. Elle est consacrée au degré de transparence des plus hauts tribunaux administratifs et conseils d'État y participant, et cela par rapport à leur effectif et à la façon dont les juges s'expriment publiquement en ce qui

¹ Il s'agit par exemple de la Norvège, l'Estonie et la Bulgarie. L'exception représente la Slovénie, où l'opinion dissidente fait partie intégrante de la décision mais elle est publiée à part.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

concerne les affaires qu'ils décident. Au départ, nous attendions de cette partie une grande quantité d'informations inexactes qui illustrent notamment le point de vue subjectif des caractéristiques globales des cultures juridiques particulières. Cependant, il s'est avéré que les rapports nationaux ont plutôt ignoré les tribunaux subjectifs invérifiables et ont suivi principalement les faits objectifs empiriques et les règles juridiques.

De façon générale, la légitimité globale de la magistrature peut dépendre soit de la confiance du public dans le système, soit, au contraire, elle repose principalement sur le fait que le public fait confiance à des personnalités particulières. Lasser démontre ainsi sur des exemples opposés la différence entre le modèle du système judiciaire français, qui fonctionne comme une structure cohérente et identique, et le système des États-Unis, où le principal facteur de la légitimité de la Cour suprême n'est pas le point de vue institutionnel mais, au contraire, la crédibilité de ses membres¹.

À cette distinction fondamentale correspond logiquement le degré de transparence, ou le degré d'exposition publique des juges particuliers. Dans le modèle français, le public n'a aucune raison de s'intéresser aux personnalités des juges particuliers, c'est-à-dire, à leur éducation, leur origine ethnique, leur religion, leur richesse ou leurs positions politiques car la confiance dans la Justice est construite à travers le fonctionnement du système dans son ensemble. Dans le milieu juridique nord-américain, les caractéristiques individuelles représentent au contraire la clé pour gagner la confiance du public, et cela aucunement à l'égard des juges particuliers mais de la Cour suprême en tant qu'institution.

Dans ce sens, les rapports nationaux ont décelé les principales différences entre les juridictions particulières en ce qui concerne de savoir si et, le cas échéant, quelles informations sur le juge sont disponibles au public, et cela généralement via le site Internet du plus haut tribunal administratif donné ou du conseil d'État donné. Statistiquement, la plus courante était la variante de publication des données de base sur tous les juges des plus hautes instances administratives données, y compris un bref curriculum vitae². Les rapports nationaux corroboraient plutôt le fait que les structures obligatoires des données personnelles publiées n'existent pas mais dans la plupart des cas, cela concerne au minimum l'éducation et l'historique professionnel. Dans certains cas sont également disponibles les photographies, les dates de

¹ LASSER, Mitchel de. *Judicial deliberations elibcomparative analysis of transparency and legitimacy*. Oxford : Oxford University Press, 2009. Oxford studies in European law.

² Il s'agissait par exemple de la Finlande et de l'Estonie.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

naissance, l'état civil ou une vue d'ensemble des publications¹. Le rapport national allemand a présenté une solution intéressante : lors de la prise de fonction d'un nouveau juge, le tribunal publie un petit communiqué de presse qui contient également quelques brèves informations personnelles comme susmentionné. Ce communiqué est conservé sur le site Web du tribunal et sert de base pour obtenir plus d'informations sur le juge donné.

Certaines juridictions ont mentionné dans les rapports nationaux qu'elles publiaient seulement les listes de noms des juges sans divulguer plus de détails. Le curriculum vitae professionnel contenant les détails ou les photographies est disponible uniquement dans le cas des hauts fonctionnaires, à savoir le président et les vice-présidents².

Sur la question de la communication personnelle des juges devant le public (y compris leur expression professionnelle concernant la pratique décisionnelle du tribunal), nous avons également trouvé un modèle plus ou moins standard qui est apparu à plusieurs reprises dans la plupart des rapports nationaux. Ce modèle se base sur la possibilité du juge de communiquer publiquement et de commenter la pratique décisionnelle, mais celui-ci est cependant limité par le caractère de la communication (la plupart du temps il s'agit d'une communication académique ou d'un autre forum professionnel), ainsi que par une exigence générale concernant la collégialité, éventuellement la discrétion partielle. Les juges peuvent ainsi donner des conférences ou s'exprimer par écrit sur les forums professionnels³, par contre, ils ne peuvent pas dépasser les limites professionnelles de la décence ni publier les informations de sphères discrètes d'une affaire particulière, par exemple, les données non disponibles au public qui sont contenues dans les documents, les détails des délibérations du tribunal, etc.

À la grande joie de principaux rapporteurs, certains rapports nationaux comprenaient, à côté des caractéristiques normatives de la communication personnelle des juges vis-à-vis du public, également les connaissances sur la pratique réelle dans la question de savoir si un tel comportement de juges est courant et comment est-il généralement perçu. À cet égard, les différences entre les juridictions représentées dans l'étude comparative étaient beaucoup plus importantes. En particulier dans les pays nordiques, comme la Suède ou l'Estonie, il est assez courant que les juges expriment leur opinion d'expert (dans les limites susmentionnées) sur les

¹ Par exemple, la Hongrie.

² Par exemple, l'Autriche ou la Pologne.

³ La Hongrie est un cas intéressant, où seule l'activité universitaire consistant en la publication de textes dans des revues professionnelles est légalement autorisée.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

forums professionnels. Ce type de publicité n'est pas perçu négativement et le public ainsi que les professionnels attendent dans certains cas de telles déclarations. Dans d'autres États, généralement par exemple en Hongrie, en France, en Autriche ou en Allemagne, les juges ne se prononcent pas en ce qui concerne leurs cas ou les cas décidés par leurs instances. La raison à cela est tout simplement le fait que le public, en dehors de la décision, ne demande et n'attend pas de telles déclarations et sur la base des paramètres culturels de ces juridictions, lesdites déclarations pourraient paraître plutôt inappropriées.

3.11 D'autres monstres en vue (à bâbord ainsi qu'à tribord)

Dans le cadre de notre étude, les rapporteurs nationaux ont également été invités à citer les problèmes, ce que Loth appelle la légitimité externe du pouvoir judiciaire, qui devraient être, selon eux, résolus à moyen ou à long terme. Les réponses à cette question pourraient probablement être résumées en se rapportant à la référence générale sur le concept de virtualisation de Lévy¹. Elle traite l'hypothèse selon laquelle avec l'avènement de nouvelles technologies la société subit une telle transformation où le principe des phénomènes sociaux reste conservé mais ce sont leurs caractéristiques externes qui subissent une modification fondamentale. Cela signifie que pour trouver des solutions aux défis donnés, il est nécessaire de comprendre et de discuter de la vraie nature du problème et de se concentrer ensuite sur la façon dont les manifestations officielles obsolètes sont hors cause, et sont ensuite remplacées par de nouvelles manifestations.

Un exemple type est le droit à l'oubli². Il s'agit d'un problème dont la présence est associée au développement de technologies qui permettent de stocker de grandes quantités de données et de les rendre disponibles de façon permanente à long terme. Jusqu'à présent, nous étions habitués à ce que les informations sur la vie humaine, même si elles pourraient faire l'objet d'un archivage permanent, soient de plus en plus supprimées de l'espace public et le public les oubliait

¹ Concernant la notion, voir LÉVY, Pierre. Welcome to virtuality. In: *Digital Creativity: A Reader* [online]. Lisse: Swets & Zeitlinger Publishers, 2002, [vid. 10 janvier 2015].; *Becoming virtual: reality in the Digital Age*. New York: Plenum Trade, 1998.

² Ce terme a été popularisé par la décision de la Cour de Justice européenne dans l'affaire Google Espagne (C-131/12), même si nous devons souligner de manière critique que, dans ce cas, il ne s'agissait pas du « droit à l'oubli » à proprement parler. Sur la décision et ses implications pratiques, voir par exemple KUNER, Christopher. The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines, in HESS, Burkhardt, MARIOTTI, Christina. *Protecting privacy in private international and procedural law and by data protection: European and American developments*, Baden-Baden: Nomos, 2015. ISBN 978-1-4724-7330-1, p. 19.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

naturellement avec le temps. Dans ces conditions, si quelqu'un a commis un acte compromettant ou a commis une grosse erreur dans sa vie, l'effet social négatif pourrait s'effacer dans le temps car l'information donnée devenait de moins en moins disponible. Dans le cas présent, l'accès aux services de données et aux services de réseaux d'information dans la société a modifié la situation et les données concernant les manquements personnels sont disponibles en permanence, ce qui a pour effet que l'oubli les concernant cesse ainsi d'exister.

Le droit pénal résout traditionnellement ce problème en instituant un effacement de la condamnation, c'est-à-dire un outil qui supprime de l'espace public (depuis le casier judiciaire) les données relatives à une infraction à la loi. En règle générale, cela se fait sous réserve que l'auteur ait une vie rangée. Une donnée concernant la condamnation d'une personne n'est pas, bien évidemment, totalement effacée, seulement l'accès à celle-ci devient limité et de ce fait, l'effet de l'oubli fonctionne.

Bien sûr, le droit à l'oubli ne constitue pas en réalité le droit à supprimer les données qui ont été initialement obtenues et traitées à des fins légitimes. Son objectif est plutôt de faciliter à la société ainsi qu'aux institutions gouvernementales la réalisation de maxime éthique fondamentale, à savoir pardonner aux autres leurs fautes. Le droit au pardon ne peut, bien sûr, pas être codifié et appliqué en raison de son essence éthique car notre attention en droit est attirée plutôt par des facteurs externes concernant sa mise en œuvre ; dans ce cas, il s'agit de l'accessibilité publique aux données. Par conséquent, cela signifie que nous essayons par le biais de règles juridiques de limiter artificiellement les effets des technologies de l'information qui nous empêchent d'oublier et respectivement, de pardonner.

Généralement, les plus hautes instances administratives ont noté qu'elles ont été confrontées à l'existence du phénomène du droit à l'oubli et que dans certains cas, cette question faisait l'objet d'une décision de leur part en ce qui concerne la problématique de la protection des données personnelles¹. Dans le cadre de la pratique des publications en ligne de la jurisprudence propre aux plus hautes instances administratives, ce problème n'a pas été pour le moment mentionné.

¹ Concernant le droit à l'oubli, les références positives ont été notées par les tribunaux en Estonie et en Norvège.



La deuxième question, qui a été à plusieurs reprises rappelée par les rapporteurs nationaux, concernait la sécurité des réseaux et des systèmes d'information¹. De même que dans le cas du droit à l'oubli, il ne s'agit pas, ici non plus, d'un phénomène fondamentalement nouveau. En fait, toutes les instances judiciaires traitent traditionnellement les données de très haute valeur concernant les affaires décidées ainsi que d'autres données liées à l'activité décisionnelle ou à l'organisation d'une instance particulière. Étant donné que le tribunal constitue en réalité une structure informative (les données sur un acte et un droit y rentrent et les informations sous forme de décision en sortent), le mécanisme de traitement des données judiciaires reçoit traditionnellement une grande attention. Toute violation de la sécurité de l'information dont la détérioration de l'intégrité d'un document constitue un exemple typique, pourrait avoir des conséquences fatales sur l'exercice des fonctions clé d'un tribunal ou d'un conseil d'État et peut, de cette façon, considérablement affecter les droits fondamentaux des participants à la procédure concernant l'accès à la Justice et le droit au procès équitable. En raison de la nature des données obligatoires contenues dans les dossiers, un éventuel risque juridique et de sécurité est très important en ce qui concerne le droit à la protection de la vie privée ou les droits non distributifs sur la sécurité nationale ou l'ordre public.

La virtualisation du phénomène de la sécurité de l'information a causé, comme dans le cas du droit à l'oubli, uniquement la transformation de ses caractères externes et aucunement la modification de sa substance. Bien qu'il s'agisse réellement des formalités, celles-ci sont importantes pour le mode de fonctionnement pratique d'une administration judiciaire car le traitement des données sous forme électronique à la place des documents papier apporte de cette façon aux tribunaux un degré relativement élevé de charge organisationnelle. Les tribunaux doivent tout d'abord se réconcilier avec le fait que la sécurité des données électroniques ne peut être obtenue de la même manière que pour les documents ayant une base structurelle. Au lieu de cela, la solution concernant la sécurité de l'information doit être abordée par le biais d'une philosophie tout à fait différente, à savoir comme un ensemble de processus de sécurité.

Les solutions traditionnelles de mesures de sécurité de l'information se basent généralement sur les outils de sécurité physique. Pour faire simple, il s'agit des paramètres définissant qui, quand et où pourra-t-on physiquement accéder aux supports de données

¹ Les préoccupations à cet égard ont été exprimées, par exemple, par la Cour Administrative suprême de Pologne.



protégées (généralement les dossiers). Les mesures techniques englobent également les éléments structurels tels que les zones protégées (bâtiments de Palais de justice), les moyens de transport spéciaux ou les modalités de délivrance et d'utilisation des clés permettant l'accès aux bureaux de greffes ou à d'autres zones. L'objectif de ces mesures est, au niveau général, de protéger l'intégrité des données judiciaires contre toute intervention externe non désirée, et cela non seulement contre les intrus potentiels externes, mais également contre les autres composantes des pouvoirs publics. La sécurité de l'information concernant les données judiciaires peut être, entre autres, comprise comme l'une des manifestations du principe de séparation des pouvoirs. Cela peut sembler banal, mais les serrures, les clés et les verrous sur les murs sont, dans ce cas, un outil protégeant les principes de base d'un État de droit moderne.

Par rapport à une orientation traditionnelle de la sécurité de l'information dans les bâtiments, son concept procédural d'un point de vue technique est tout à fait différent. Il n'est pas utile de vouloir protéger les données sous forme électronique au sein d'une structure, c'est-à-dire par le biais des murs ou verrous, mais pour assurer la sécurité de leur traitement quotidien, des outils basés sur une philosophie générale totalement différente, comme par exemple, les services de confiance (en République tchèque pour une raison non spécifiée, ce service a été appelé « services créant la confiance »¹) ou les mécanismes de détection et de protection contre les cyberattaques, doivent être utilisés. En même temps, nous pouvons constater que les outils assurant la sécurité de l'information concernant les données électroniques sont actuellement à un tel niveau technique qu'un déploiement suffisant peut sécuriser les données judiciaires à un niveau difficilement comparable avec le cas de documents sous format papier. Le problème qui a été relevé par un bon nombre de rapports nationaux est principalement celui des changements dans les habitudes sécuritaires des utilisateurs individuels, c'est-à-dire les juges ou les employés de l'administration judiciaire.

Ce problème peut être illustré de manière éloquent par l'exemple des données de l'accès aux systèmes d'informations juridiques. Il n'est pas tout à fait inhabituel de voir que certains utilisateurs notent leurs mots de passe d'accès ou d'autres données de sécurité sur les étiquettes collées sur les claviers ou moniteurs de leurs ordinateurs. En termes de sécurité, il s'agit du même

¹ La loi nouvellement adoptée du J.O. n° 297/2016 sur les services de confiance pour les transactions électroniques constitue une implémentation du règlement européen eIDAS (Règlement n° 910/2014, du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE) et a également repris la terminologie de sa traduction en tchèque.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

manquement (ou peut-être pire) allant contre la politique de sécurité. C'est comme si les clés du bureau du greffe étaient accrochées sur un crochet devant le portail dans la rue.

Nous avons pu constater avec plaisir qu'un certain nombre de rapports nationaux a signalé les efforts des plus hauts tribunaux administratifs et de conseils d'État pour trouver des solutions concernant la sécurité de l'information vis-à-vis des données électroniques en tant que problème de système complexe. En plus de divers outils techniques, les mécanismes complexes de détection, de notification, et de solutions en ce qui concerne les incidents de sécurité cybernétique, y compris la surveillance du lieu de travail, font partie des mesures de sécurité nouvellement mises en place.

Lors de la discussion sur ce thème dans le cadre de la conférence de Prague, une observation importante a été relevée en lien avec la mise en place des capacités d'information et de leur sécurité en rapport avec le problème susmentionné de la séparation des pouvoirs. Selon ce principe, il est difficilement acceptable qu'un pouvoir exécutif contrôle la technologie de traitement des informations juridiques et/ou leur sécurité, et ce même si les données en question sont en particulier protégées, par exemple, par des algorithmes de chiffrement asymétriques¹. L'idée des dossiers judiciaires sous forme électronique dont l'activité liée à l'enregistrement ou la sécurité est contrôlée par un pouvoir exécutif représente, en ce qui concerne la séparation des pouvoirs, un cas aussi absurde que l'enregistrement de la correspondance sous format papier du Président de la république (ou même du roi) dans un bureau du président de la Cour administrative suprême ou du Conseil d'État.

Depuis les réponses à la dernière question contenues dans les rapports nationaux nous avons pu généralement constater que les plus hauts tribunaux administratifs et les conseils d'État consacrent dans leurs programmes une grande attention à la problématique d'électronisation de l'informatisation et de la virtualisation connexe. Le fait que ces instances s'intéressent à cette problématique, souvent en collaboration avec les autorités judiciaires, ne doit pas forcément signifier de grands investissements dans les nouvelles technologies ou des expériences techniques sophistiquées. La réflexion critique du phénomène de la virtualisation du traitement des données judiciaires est également importante dans tous les contextes possibles. De ce fait,

¹ Le chiffrement asymétrique fonctionne sur le principe d'utilisation d'une paire de clés. La première clé est publique. Son propriétaire la fournit librement au public, par exemple, sur son site Web et par la suite, d'autres personnes qui voudraient envoyer au propriétaire un message ou un document chiffré, l'utilisent. Un document chiffré peut cependant être déchiffré uniquement en utilisant la seconde clé. Celle-ci est privée et son accès revient uniquement au propriétaire.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

nous ne considérons pas, lorsque dans certains cas cette problématique est gérée plutôt de manière prudente ou avec méfiance, que cela représente un problème. L'adaptation de l'appareil judiciaire aux formes virtualisées du traitement des données pourrait être, selon les conditions locales, une question complexe qui exige non seulement l'acquisition de technologies appropriées (dans la pratique, cela représente un problème mineur), mais surtout une formation approfondie, ou encore une éducation des juges et des employés de l'administration judiciaire en leur inculquant les habitudes appropriées pour son utilisation sécuritaire.



Colloquium co-funded by the "Justice" programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme "Justice" de l'Union européenne

BAŇOUCH, Hynek a KÜHN, Zdeněk. O publikaci a citaci judikatury aneb proč je někdy judikatura jako císařovy nové šaty. *Právní rozhledy*, 2005, roč. 13, č. 13, s. 484–495. ISSN 1210-6410.

BENTHAM, Jeremy. *Of Promulgation of the Laws and Promulgation of the Reasons Thereof*. Text pochází z digitalizovaného prvního svazku esejí původně vydaných v roce 1843 a sestavených Sirem Johnem Bowringem. Dostupné online z <http://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/promul/index.html>.

BOBEK, Michal. Úvahy o uveřejňování soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*, 2010, roč. 18, č. 11, s. 396–401. ISSN 1210-6410.

CUMBLEY, Richard; CHURCH, Peter. Is “Big Data” creepy? *Computer Law & Security Review* [online]. 2013, roč. 29, č. 5, s. 601–609. ISSN 0267-3649. Získáno z: doi:10.1016/j.clsr.2013.07.007

EECHOUD, Mireille Van; JANSSEN, Katleen. Rights of Access to Public Sector Information. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2013, roč. 6, č. 3, s. 471–499. ISSN 1802-5951.

FINN, Rachel L.; WRIGHT, David; FRIEDEWALD, Michael. Seven types of privacy. In: *European Data Protection: Coming of Age*. Dordrecht, Heidelberg, New York, London: Springer Netherlands, 2013, s. 3–32. ISBN 978-94-007-5184-2.

CHLAPEK, Dušan et al. *Open data and PSI in the Czech Republic* [online]. Topic Report No. 2014/03. ePSI Platform 2014 [vid. 19. březen 2016]. Získáno z: <http://www.epsiplatform.eu/content/open-data-and-psi-czech-republic>

KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995, 247 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-028-1.

KOOPS, Bert-Jaap et al. *A Typology of Privacy* [online]. SSRN Scholarly Paper ID 2754043. Rochester, NY: Social Science Research Network 2016 [vid. 13. duben 2016]. Získáno z: <http://papers.ssrn.com/abstract=2754043>

KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, 420 s. ISBN 978-80-246-0483-1.

KUNER, Christopher. The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines, in HESS, Burkhardt, MARIOTTI, Christina. *Protecting privacy in private international and procedural law and by data protection: European and American developments*, Baden-Baden: Nomos, 2015. ISBN 978-1-4724-7330-1, str. 19.

LASSER, Mitchel de. *Judicial deliberations: a comparative analysis of transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 382 s. Oxford studies in European law. ISBN 978-0-19-957516-9.



Colloquium co-funded by the “Justice” programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme “Justice” de l’Union européenne

LÉVY, Pierre. *Becoming virtual: reality in the Digital Age*. New York: Plenum Trade, 1998, 207 s. ISBN 978-0-306-45788-3.

LÉVY, Pierre. Welcome to virtuality. In: *Digital Creativity: A Reader* [online]. Lisse: Swets & Zeitlinger Publishers, 2002, s. 7–18 [vid. 10. leden 2015]. ISBN 90-265-1939-7. Získáno z: https://books.google.cz/books?id=pAgK_PyRlugC&pg=PA7&lpg=PA7&dq=Welcome+to+virtuality+Levy&source=bl&ots=KN8fGJnkLo&sig=fTr8hWDVKq1lvK2c5nyKj0jLjeg&hl=en&sa=X&ei=VdKzVKWuGoLXyQO3o4LQAw&ved=0CCIQ6AEwAA#v=onepage&q&f=true

LOTH, Marc A. Courts in Search of Legitimacy: the Case of Wrongful Life. In: SELLERS, Mortimer (ed.) . *Autonomy in the Law*. Amsterdam: Springer Netherlands, 2007, s. 73–97. ISBN 978-1-4020-8284-9.

LOTH, Marc A. Courts in a quest for legitimacy. In: HULS, Nick; ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (eds.) . *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, s. 267–289. ISBN 978-90-6704-289-5.

MANTELERO, Alessandro. Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour. *International Data Privacy Law* [online]. 2013, roč. 3, č. 4, s. 229–238. ISSN 2044-3994, 2044-4001. Získáno z: doi:10.1093/idpl/ipt016

OHM, Paul. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*. 2009, roč. 57, č. 6, s. 1701–1777. ISSN 0041-5650.

SCHARTUM, Dag Wiese. Making privacy by design operative. *International Journal of Law & Information Technology* [online]. 2016, roč. 24, č. 2, s. 151–175. ISSN 09670769. Získáno z: doi:10.1093/ijlit/eaw002

SCHRÖDINGER, Erwin *What is Life? The Physical Aspect of the Living Cell*. Cambridge: The Cambridge University Press, 1944.

VALERO-TORRIJOS, Julián; PARDO-LÓPEZ, María M. Institutional Backing and PSI Reuse: is the EU Going Too Far or Just Going in the Wrong Way? *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2013, roč. 6, č. 3, s. 455–470. ISSN 1802-5951.

VAN ALSENOY, Brendan. Allocating responsibility among controllers, processors, and “everything in between”: the definition of actors and roles in Directive 95/46/EC. *Computer Law and Security Review* [online]. 2012, roč. 28, s. 25–43. ISSN 0267-3649. Získáno z: doi:10.1016/j.clsr.2011.11.006



Colloquium co-funded by the “Justice” programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme “Justice” de l’Union européenne

WEBER, Rolf H. Privacy management practices in the proposed EU regulation. *International Data Privacy Law* [online]. 2014, roč. 4, č. 4, s. 290–297. ISSN 2044-3994, 2044-4001. Získáno z: doi:10.1093/idpl/ipu018

WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967.

WEINBERGER, Ota, MACCORMICK, Neil. *An Institutional Theory of Law – New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992. ISBN 90-277-2079-7.

WIENER, Norbert, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*, second edition. Cambridge : MIT Press, 1965. ISBN 0-262-73009.



Colloquium co-funded by the “Justice” programme of the European Union

Colloque cofinancé par le programme “Justice” de l’Union européenne