

Institut Louis Favoreu  
Groupe d'Études et de Recherches  
sur la Justice Constitutionnelle  
Équipe associée au CNRS (UMR 7318)  
Aix-en-Provence

**Annuaire  
International  
de Justice  
Constitutionnelle**

**XXXVII**

**2021  
(extraits)**

**ECONOMICA**  
49, rue Héricart  
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES  
D'AIX-MARSEILLE**  
3, Avenue R. Schuman  
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2022



TABLE RONDE  
CONSTITUTION, LIBERTÉS ET NUMÉRIQUE

IRLANDE

*Edoardo CELESTE\**

INTRODUCTION : IRLANDE, UN PAYS À DEUX VITESSES

Historiquement, la position géographique de l'Irlande a toujours eu un impact décisif sur le développement socio-économique de cette île. Par exemple, l'Irlande ne fut jamais partie de l'Empire romain, contrairement à sa voisine *Britannia*. Comme le racontait déjà l'historien grec Strabon au I<sup>er</sup> siècle avant J.-C., l'agressivité des tribus irlandaises, l'absence de matières premières et, décidément, le froid n'incitèrent jamais les légionnaires romains à s'installer définitivement dans ce que déjà Jules César avait appelé *Hibernia*, la terre de l'hiver<sup>1</sup>. Et c'est paradoxalement sa position périphérique, dans l'extrémité nord-occidentale du continent européen, qui a permis à l'Irlande d'acquérir une place centrale dans l'heure numérique. En fait des côtes de cette île qui donnent sur l'océan Atlantique partent les câbles sous-marins qui connectent l'Europe à l'Amérique, permettant l'échange de millions de données. Le froid qui avait dissuadé les anciens Romains, conjointement à une population jeune et anglophone ainsi qu'une politique fiscale favorable aux entreprises internationales, a poussé les plus grandes multinationales du numérique à établir leurs serveurs et quartiers généraux européens dans la verte – et fraîche – Irlande. Cette île se retrouve au centre de la voie de la soie moderne, celle qui traverse l'Atlantique et transporte le nouvel « or noir » du numérique : les données. Par conséquent, les autorités indépendantes irlandaises, comme la *Data Protection Commission*, l'autorité irlandaise pour la protection des données personnelles, ainsi que les cours irlandaises, jouent aujourd'hui un rôle central dans la protection des droits fondamentaux numériques, en étant responsables de la supervision et la résolution des différends qui opposent les utilisateurs de services en ligne de l'Union européenne et les plus grandes multinationales du numérique.

---

\* Assistant Professor in Law, Technology and Innovation, School of Law and Government, Dublin City University. Je voudrais remercier Marie-Luce Paris, Professeur en droit au *University College Dublin*, pour m'avoir encouragé à rédiger ce rapport, mes collègues Christy Ann Petit et Janine Silga pour leurs remarques, critiques et suggestions ainsi que mon assistante Sorcha Montgomery pour son travail ponctuel de recherche. Toutes les erreurs restent les miennes

1 J. F. KILLEEN, « Ireland in the Greek and Roman Writers », *Proceedings of the Royal Irish Academy. Section C: Archaeology, Celtic Studies, History, Linguistics, Literature* 76 (1976), p. 207-215.

En suivant le rythme impétueux du développement récent du numérique, ce changement, qui a permis à l'Irlande d'acquérir un rôle central dans l'économie numérique européenne, a été très rapide. Dans les années quatre-vingt, l'Irlande était parmi les pays les plus pauvres du continent européen. Dans les années 90 et 2000, malgré la récession de 2008 caractérisée par la faillite du secteur bancaire irlandais, le *Celtic Tiger* est devenu un pays avec un taux de croissance économique annuel parmi les plus élevés en Europe<sup>2</sup>. Ce changement rapide n'a pas donné le temps au droit et aux institutions irlandaises de s'adapter pleinement au nouveau rôle que ce pays joue au niveau européen et international. À l'heure numérique, l'Irlande continue d'être un pays à deux vitesses. La rapidité avec laquelle ce pays avance dans l'économie numérique n'est pas suivie par un développement aussi efficace du droit et des institutions du pays. À une rapide évolution numérique l'Irlande répond avec une évolution lente du cadre juridique et institutionnel. La division géographique entre villes portuaires de l'est, plus développées et connectées au reste de l'Europe, et les emplacements de la côte ouest, où l'on trouve encore les endroits les plus reculés et les plus préservés de l'île – les célèbres lacs du Connemara chantés par Michel Sardou – maintiennent différents niveaux d'accès à internet et aux services numériques, et la « fracture numérique ».

Le lecteur trouvera ces contrastes entre centre et périphérie, ancien et nouveau, rapidité et lenteur, conservatisme et innovation tout au long de ce rapport. D'abord, on analysera comment les droits fondamentaux ont évolué en Irlande à l'heure numérique (I). On soulignera comment la Constitution irlandaise, relativement ancienne et rigide parmi celles du continent européen, ne reflète plus la société irlandaise contemporaine, spécialement dans le contexte numérique. Toutefois, en vertu de sa valeur historique et grâce à ses clauses ouvertes, on relèvera comment ce document offre une marge significative pour une potentielle adaptation du droit constitutionnel irlandais à la lumière de la révolution numérique (A). Dans ce contexte, on notera que le droit européen a été vecteur de la modernisation du droit irlandais, en particulier dans le contexte des droits numériques. La récente pandémie de Coronavirus, enfin, a contribué à accélérer ultérieurement ce processus (B).

La deuxième partie de ce rapport se concentrera donc sur les mécanismes de protection des droits fondamentaux numériques (II). On examinera le rôle central que l'autorité pour la protection des données personnelles irlandaise, la *Data Protection Commission*, joue au niveau européen, en particulier à la suite de l'entrée en vigueur du RGPD (A). Dans ce contexte, on soulignera comment l'autorité, malgré sa pertinence, ne possède pas encore un nombre de fonctionnaires adéquat et adopte une approche relativement souple par rapport aux autorités des autres pays européens, en ouvrant la porte aux critiques qui la veulent protégée des intérêts économiques d'un pays qui a fait d'une politique fiscale très favorable aux entreprises son principal point d'attractivité. À côté des autorités administratives on examinera le rôle des cours irlandaises (B). Pour les mêmes raisons qui placent aujourd'hui la *Data Protection Commission* dans une position centrale au niveau européen, les cours irlandaises sont devenues le principal point d'accès à la justice pour les utilisateurs européens qui agissent en justice contre les multinationales du numérique. Les juges irlandais sont ainsi devenus des interprètes importants des droits numériques dont la protection est assurée par le droit européen ainsi que les « portiers » de la Cour de

2 Nathalie GREENAN, Yannick L'HORTY, « La nouvelle économie irlandaise », *Revue française d'économie*, vol. 19, n° 2, 2004, p. 3-60 ; Noëlie DELAHAÏE, « Irlande. Une croissance en trompe-l'œil face à la pandémie », *Chronique Internationale de l'IRES*, vol. 174, n° 2, 2021, p. 3-17.

justice en charge de référer d'importantes questions préjudicielles aux juges de Luxembourg. Dans ce contexte, on remarquera aussi comment organisations et membres de la société civile ont joué un rôle déterminant dans l'initiation de contentieux stratégiques pour l'affirmation de droits numériques au niveau européen.

On conclura enfin avec quelques considérations sur le rôle que ces acteurs non institutionnels peuvent jouer pour promouvoir une conversation sur les droits numériques ainsi qu'avec un bref commentaire sur le potentiel de la Déclaration européenne sur les droits et principes numériques, récemment proposés par la Commission européenne.

## I.- DROITS FONDAMENTAUX À L'HEURE DU NUMÉRIQUE : RACINES, EUROPE ET PANDÉMIE

### A.- Une constitution historique ouverte à l'évolution

*Bunreacht na hÉireann* est la deuxième Constitution de la République irlandaise, adoptée en 1937. En 1922, année pendant laquelle l'État libre irlandais (*Irish Free State*) devint officiellement indépendant du Royaume-Uni, une constitution fut adoptée, mais ce texte était encore considéré comme trop ancré au régime et à la tradition monarchiste britannique, en reconnaissant encore un rôle aux institutions anglaises. Éamon De Valera, Premier ministre irlandais à maintes reprises entre 1932 et 1959 et puis président de la République jusqu'en 1973, promut une de-anglicisation de la Constitution, qui amena finalement en 1937 à la promulgation d'un nouveau texte fait par les Irlandais, pour les Irlandais<sup>3</sup>.

*Bunreacht na hÉireann* est une constitution relativement ancienne parmi celles européennes et de nature rigide, ne pouvant être amendée que par référendum populaire, comme il est advenu 32 fois dès sa promulgation. Le contraste entre ancien et nouveau, conservatisme et innovation est évident si on compare le texte de la Constitution irlandaise avec la réalité sociale contemporaine de ce pays. Le préambule de la Constitution, par exemple, invoque La Trinité et le texte, jusque très récemment, contenait des principes de claire inspiration catholique, comme le crime de blasphème et l'interdiction de l'avortement<sup>4</sup>. Malgré cette approche historiquement conservatrice, en 2015 l'Irlande a été le premier pays dans le monde à reconnaître par référendum populaire la possibilité pour les couples homosexuels d'accéder au mariage, un avancement très important au niveau des droits fondamentaux qui a paradoxalement anticipé l'élimination du crime de blasphème et l'interdiction de l'avortement, qui ont été votées par référendum seulement en 2018<sup>5</sup>. Le traditionnel caractère conservateur et catholique du droit irlandais se retrouve maintenant sous pression d'une population en croissance constante – qui en 2021 a dépassé les 5 millions d'habitants pour la première fois depuis le XIX<sup>e</sup> siècle – relativement jeune pour les standards européens, pour la première fois caractérisée

3 Dermot KEOGH et Andrew J. MCCARTHY, *The Making of the Irish Constitution 1937 Bunreacht na hÉireann*, Cork, Mercier Press, 2007.

4 David H. MOORE, « The blasphemy referendum 2018 », *Irish Political Studies* 34, n° 2 (3 avril 2019) ; p. 315-325, <https://doi.org/10.1080/07907184.2019.1584846> ; Sydney CALKIN, Fiona DE LONDRA, et Gina HEATHCOTE, « Abortion in Ireland: Introduction to the Themed Issue », *Feminist Review* 124, n° 1, mars 2020, p. 1-14, <https://doi.org/10.1177/0141778919897684>.

5 Eoin DALY, « Irlande », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 30-2014, 2015. Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions, p. 119-123.

par une immigration importante et bouleversée par les récents scandales liés à la pédophilie et aux *mother and baby homes*<sup>6</sup>.

Malgré cette pression sociale, dans le texte de *Bunreacht na hÉireann* il n'y a pas eu de reconnaissance explicite des droits fondamentaux numériques. Toutefois, certains droits avec une pertinence dans la sphère numérique sont reconnus dans la Constitution irlandaise. Il s'agit de droits explicites, comme le droit à une bonne réputation (article 40.3.2), les droits de propriété (article 43.1.1), la liberté de pensée et d'expression (article 40.6.1), d'association (article 40.6.1.iii), d'assemblée (article 40.6.1.ii), et de religion (article 44). Dans ces cas, le texte de la Constitution est théoriquement applicable au contexte numérique sans problème particulier. Pour ce qui concerne ces principes, le libellé de la Constitution est en fait générique et technologiquement neutre : on pourrait bien donc interpréter le texte constitutionnel jusqu'à embrasser les évolutions sociales déterminées par la révolution numérique. Par exemple, la liste des moyens d'expression de l'article 40.6.1, bien qu'elle manque une référence explicite à une forme d'expression numérique, comprend le mot « comme », indiquant que cette liste ne peut pas être considérée comme exhaustive et qu'une formulation aussi neutre pourrait certainement protéger le droit à la liberté d'expression également dans l'écosystème numérique<sup>7</sup>.

Dans le texte de la Constitution on peut également repérer des droits qui sont dits *unenumerated*, littéralement « non énumérés », donc implicites. Selon la doctrine des droits constitutionnels implicites, il existe des droits protégés par la Constitution irlandaise qui ne sont pas eux-mêmes directement énoncés dans le texte constitutionnel, mais doivent être forcément déduits et énoncés par le juge<sup>8</sup>. Ces droits sont réputés exister du fait de l'utilisation notamment de l'article 40.3, qui affirme : « L'État garantit dans ses lois le respect et, dans la mesure du possible, par ses lois, la défense et la revendication des droits personnels du citoyen ». Des droits non énumérés sont également invoqués par les juges en raison de l'existence de droits qui découlent de la « nature chrétienne et démocratique de l'État » et qui ne sont pas du tout mentionnés dans l'article 40<sup>9</sup>. Il existe des « inquiétudes quant au fait que le pouvoir judiciaire d'identifier les droits implicites soit antidémocratique » et, cependant, il est avancé que cet « activisme ou créativité judiciaire » dans la protection des droits fondamentaux est « inévitable » en raison de la nature indéterminée de l'article 40.3<sup>10</sup>. Il est vrai aussi, en tout cas, que « l'amendement constitutionnel pourrait révoquer tout droit implicite déclaré judiciairement »<sup>11</sup>.

Un exemple lié au contexte numérique c'est le droit à la vie privée, reconnu par la jurisprudence comme l'un des droits implicites découlant du libellé de l'article

6 Linda HOGAN, « Clerical and Religious Child Abuse: Ireland and Beyond », *Theological Studies* 72, n° 1, mars 2011, p. 170-186, <https://doi.org/10.1177/004056391107200109> ; Paul Jude REDMOND, *The Adoption Machine: The Dark History of Ireland's Mother and Baby Homes and the Inside Story of How Tuam 800 Became a Global Scandal*, Merrion Press, 2018.

7 Edoardo CELESTE, « The Irish Constitution and the Challenges of the Digital Age: Is It Time for a Bunreacht na hÉireann 2.0? », *The Constitution at 80: 80 Years of Constitutional Change*, Limerick, 2017, <https://ulsites.ul.ie/law/sites/default/files/Edoardo%20Celeste%20-%20Challenges%20of%20the%20Digital%20Age.pdf>.

8 Oran DOYLE et Tom HICKEY, *Constitutional law: Text, cases and materials*, 2<sup>e</sup> éd., Dublin, Clarus Press, 2019, 24.

9 Gerard W. HOGAN *et al.*, *Kelly, the Irish Constitution*, 5<sup>e</sup> éd., Dublin, Ireland, Bloomsbury Professional, 2018, 1686.

10 HOGAN *et al.*, 1690.

11 HOGAN *et al.*, 1691.

40.3<sup>12</sup>. À présent, la jurisprudence n'a utilisé ni des droits explicites ni la doctrine des droits implicites pour créer des nouveaux droits liés au contexte numérique, exception faite pour ce droit. L'absence d'un droit à la vie privée explicitement mentionné par la Constitution irlandaise semble fournir un appui moins évident lorsqu'il s'agit d'invoquer certains aspects de ce droit, notamment ceux liés à la protection des données personnelles. Des cas récents ont tout à fait démontré qu'il y a encore une tendance dans certains cas de faire référence à des droits traditionnels comme le principe d'inviolabilité du domicile. En fait, un droit constitutionnel à la vie privée a été reconnu dans la décision *Kennedy c. Irlande*, dans laquelle les plaignants ont contesté d'écoutes injustifiées de leurs téléphones par l'État et, en particulier, ont demandé des dommages et intérêts pour cette violation de leur droit à la vie privée<sup>13</sup>. Doyle et Hickey affirment que « cet arrêt *Kennedy* semble suggérer que les préoccupations contemporaines en matière de protection des données – la surveillance et l'interception des pouvoirs de communication dont jouit l'État, par exemple – soient régies par le droit implicite à la vie privée ; une suggestion renforcée par le jugement du juge McKechnie dans *Digital Rights Ireland v. Minister for Communications*, par exemple »<sup>14</sup>. Cependant, ils remarquent aussi que « l'arrêt du juge Hogan dans *Schrems c. Data Protection Commission* suggère que, au moins lorsque des données sont stockées ou communiquées depuis le domicile, le principe d'inviolabilité du domicile protégé à l'article 40.5, plutôt que le droit à la vie privée, puisse être le principal moyen de protection du citoyen »<sup>15</sup>.

En outre, la jurisprudence semble ne pas vouloir utiliser la doctrine des droits implicites pour impliquer des droits socio-économiques, élément qui aurait pu jouer un rôle important dans la société numérique. Par exemple, comme il a été souligné dans les autres rapports nationaux, aujourd'hui la question de l'accès à internet est devenue centrale : dans plusieurs pays, la jurisprudence a explicitement reconnu l'existence d'un droit à accéder au réseau internet comme instrument indispensable pour permettre à l'individu de profiter pleinement des avantages offerts par la révolution numérique, y compris la possibilité d'exercer toute une série des droits fondamentaux à un niveau qui était inimaginable dans l'heure analogue et qui a été rendu possible avec l'avancée des technologies numériques<sup>16</sup>. Ce droit pourrait théoriquement être entendu comme une prérogative de nature sociale nécessitant une obligation positive de la part de l'État de fournir une connexion internet adéquate et les appareils nécessaires pour accéder à internet<sup>17</sup>. Toutefois, jusqu'à présent, toutes les tentatives d'utiliser l'article 40.3 pour impliquer des droits socio-économiques dans la Constitution ont été « fermement repoussées » par la Cour suprême<sup>18</sup>, ce qui se justifie par la réticence générale des juges à imposer des obligations de nature économique sur l'État.

12 Hilary DELANY et Eoin CAROLAN, *The Right to Privacy*, Thomson Round Hall, 2008) ; Denis KELLEHER, *Privacy and Data Protection in Ireland*, Tottel Publishing, 2006 ; James P. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, Round Hall, 2000.

13 HOGAN *et al.*, *Kelly, the Irish Constitution*, 1717.

14 DOYLE et HICKEY, *Constitutional law*, 382.

15 DOYLE et HICKEY, 382.

16 CC, décis. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 (France) ; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica), sentencia n° 12790 de 30 de Julio de 2010 ; Edoardo CELESTE, « Digital Punishment: Social Media Exclusion and the Constitutionalising Role of National Courts », *International Review of Law, Computers & Technology*, 21 février 2021, p. 1-23, <https://doi.org/10.1080/13600869.2021.1885106>.

17 CELESTE, *op. cit.* (note 7).

18 HOGAN *et al.*, *Kelly, the Irish Constitution*, 1775.

Un autre aspect intéressant du droit constitutionnel irlandais qui pourrait – effectivement cette fois-là – jouer dans l’avenir un rôle déterminant dans le contexte numérique – et en particulier dans des cas affectant les multinationales du secteur – c’est la possibilité d’application horizontale des droits fondamentaux. McIntyre, citant les cas *Meskeil v. CIE* de 1973 et *Herrity v. Associated Newspapers* de 2008, affirme que « les tribunaux irlandais ont depuis longtemps accepté que les droits constitutionnels peuvent entraîner des recours à la fois contre l’État et contre des parties privées – sans aucun besoin de s’attaquer à la difficile question de l’effet horizontal indirect des droits de la CEDH »<sup>19</sup>. On pourrait dire qu’en Irlande il existe une *Drittwirkung* souple et implicite, de « *common law* ». Doyle note que « dans un certain nombre d’affaires syndicales dans les années 1960 et 1970, les tribunaux ont estimé que la garantie de liberté d’association de la Constitution était horizontalement applicable, pour effectivement protéger les travailleurs qui ne souhaitent pas adhérer à des syndicats. Plus récemment, la Cour d’appel a jugé qu’un syndicat avait violé le droit implicite au travail d’un ouvrier en l’excluant de l’adhésion au syndicat »<sup>20</sup>. Les droits ont été appliqués horizontalement en relation avec le droit constitutionnel implicite à la vie privée et aux circonstances dans lesquelles « des tactiques de recouvrement de créances exceptionnellement désagréables par un entrepreneur en bâtiments ont violé le droit à la protection de la sphère personnelle dans le domicile »<sup>21</sup>.

À présent, la jurisprudence irlandaise ne présente pas des cas dans lesquels on peut observer une application horizontale de droits fondamentaux numériques. Toutefois, l’existence d’une approche souple sur cette question pourrait être très utile pour le juge irlandais afin d’assujettir les puissantes multinationales basées en Irlande au respect de droits fondamentaux numériques. Cela pourrait être bénéfique, par exemple, pour prévenir les discriminations lors de la garantie du droit d’accès à internet, qui devrait être imposée à toutes sortes de fournisseurs d’accès internet<sup>22</sup>. En fait, si on se limitait au texte de la Constitution, un principe de non-discrimination n’est reconnu qu’en ce qui concerne la liberté de réunion et d’association (article 40.6.2°) et la liberté de religion (article 44.2.3° et 44.2.4°), mais ces principes concernent exclusivement l’action de l’État.

En conclusion, on pourrait affirmer que la Constitution irlandaise souffre d’une sorte d’« anémie » constitutionnelle. D’un point de vue sociojuridique, peu de sève sociale coule dans les vases de *Bunreacht na hÉireann*. Le texte constitutionnel, désormais adopté il y a quatre-vingt-cinq ans, reflète peu la société irlandaise contemporaine pour ce qui concerne les aspects liés au numérique. Il a été modifié par référendum sur des points cruciaux, comme l’avortement ou le crime de blasphème. Toutefois, le numérique ne suscite pas parmi les politiciens ou la société civile le même élan qui les a autrefois amenés à organiser des référendums de réforme constitutionnelle. Pour autant, la Constitution irlandaise demeure technologiquement neutre et théoriquement ouverte à une potentielle reconnaissance jurisprudentielle de droits fondamentaux numériques. Neutralité et flexibilité qui d’une part constituent certainement un avantage pour les opérateurs du droit, mais qui d’autre part laissent le texte de la Constitution plutôt distant du tissu social,

19 T.J. MCINTYRE, « Implementing Information Privacy Rights in Ireland », dans Suzanne EGAN, *International Human Rights: Perspectives from Ireland*, Bloomsbury Professional, 2015.

20 Oran DOYLE, *The Constitution of Ireland – A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2018, 185.

21 DOYLE, 185 ; *Herrity v Associated Newspapers (Ireland) Ltd* [2008] IEHC 249 ; *Sullivan v Boylan* [2012] IEHC 389 and [2013] IEHC 104.

22 CELESTE, « The Irish Constitution and the Challenges of the Digital Age: Is It Time for a *Bunreacht na hÉireann 2.0?* », *op. cit.*

pour lequel une reconnaissance plus explicite des droits applicables dans le contexte contemporain pourrait représenter un bénéfice en termes de connaissance du droit.

### B.- Importation de l'Europe et impact de la pandémie

Dans le domaine des droits fondamentaux numériques, le droit irlandais, de tradition de *common law*, s'enrichit progressivement sous l'influence de traditions juridiques étrangères, et en particulier du droit de l'UE. En vertu de l'article 29.6 de *Bunreacht na hÉireann*, l'Irlande est un État dualiste, exigeant que les accords internationaux soient intégrés dans le droit irlandais par un acte de l'*Oireachtas*, le Parlement irlandais. Cependant, le droit de l'UE, à travers l'article 29.4.6, représente une exception à ce principe, car la disposition « exclut explicitement la possibilité d'invalider une disposition du droit de l'UE sur la base d'un principe constitutionnel interne ». Pour cette raison la majorité des droits liés au domaine numérique ont été importés par le droit européen ou à la suite de ratifications de conventions internationales et sont contenus dans la loi irlandaise uniquement au niveau législatif.

Deux exemples sont le droit à la protection des données personnelles et le droit à l'accès aux informations publiques *via* des instruments électroniques. Le premier, de dérivation européenne, est en réalité un droit composé. Il donne aux personnes concernées une série de droits vis-à-vis du responsable du traitement. L'ensemble de ces droits, leur principe fondateur ainsi que leur régulation détaillée sont aujourd'hui contenus dans le texte du RGPD, qui est directement applicable en droit irlandais, et dans le *Data Protection Act 2018* et les *ePrivacy Regulations 2011*, qui complètent le texte du règlement européen<sup>23</sup>.

En 1984, dans le cas *Cullen c. Toibín*, un droit à être informé a été reconnu sous la forme d'un droit de recevoir des informations des médias<sup>24</sup>. Cependant, ce n'est qu'en 1997, avec l'introduction du *Freedom of Information Act 1997*, en suivant l'exemple d'autres pays européens et notamment scandinaves, que la tradition irlandaise de « réticence » et de « secret » au niveau administratif a fait des progrès significatifs vers plus d'ouverture et de transparence<sup>25</sup>. Aujourd'hui, le droit à l'accès aux informations publiques est réglé par le *Freedom of Information Act 2014*<sup>26</sup>.

Un autre facteur qui a eu un impact significatif sur le développement du droit irlandais dans le domaine des droits fondamentaux numériques est la récente pandémie de Coronavirus, notamment dans deux secteurs : le travail et la justice. La tendance vers le travail à distance en Irlande a été accélérée par la pandémie de Covid-19, conduisant à la publication de la part du gouvernement irlandais de la stratégie *Making Remote Work - National Remote Work Strategy*<sup>27</sup>. Parmi les pays de l'Union européenne, l'Irlande avait la proportion la plus élevée d'employés travaillant à distance pendant la pandémie (environ 48 % des travailleurs), en grande

23 Data Protection Act 2018, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/act/7/enacted/en/pdf>; S.I. n° 336/2011 – European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Privacy and Electronic Communications) Regulations, 2011, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2011/si/336/made/en/pdf>; voir aussi, Giacomo BONETTO, « Data Protection and the Exercise of the Judicial Function in Ireland », *Irish Judicial Studies Journal*, 2020, vol. 4(2), 59.

24 *Cullen v. Toibín* [1984] ILRM 577.

25 Basil CHUBB, *The government and politics of Ireland*, Longman, 1992).

26 Freedom of Information Act 2014, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/30/enacted/en/html>.

27 Department of Enterprise, Trade and Employment, *Making Remote Work National Remote Work Strategy*, 2021, <<https://enterprise.gov.ie/en/Publications/Publication-files/Making-Remote-Work.pdf>>.

partie en raison de restrictions plus strictes imposées par le gouvernement<sup>28</sup>. Dans le cadre de cette stratégie, le gouvernement a l'intention d'introduire une législation contenant un droit au télétravail, ainsi que d'autres mesures, notamment un engagement à investir dans des pôles de travail à distance<sup>29</sup>.

Certains cas récents impliquant du travail à distance ont été portés devant la *Workplace Relations Commission*, le tribunal national qui traite des litiges dans le domaine du droit de travail. Notamment, en 2021, un professeur des universités a été retiré d'un jury d'examen pour ne pas avoir accepté d'être enregistré à son domicile, ce qui, selon lui, représentait une violation de son droit à la vie privée. En se montrant peu sensible à cet argument, la Commission a jugé la doléance du professeur « disproportionnée » en soutenant que l'enregistrement de l'examen constituait une solution raisonnable dans le contexte de la pandémie<sup>30</sup>. En revanche, dans le cas *An Operations Coordinator v. A Facilities Management Service Provider*, la *Workplace Relations Commission* a reconnu des dommages et intérêts à un travailleur qui avait été contraint à démissionner à la suite du refus de l'employeur de lui concéder la possibilité de travailler à distance, ce qui, en droit irlandais est connu comme *constructive dismissal*. En fait, la Commission a relevé que l'employeur en question n'avait pas pris en considération les doléances du travailleur quant aux conditions de santé liées aux risques de la pandémie, sur le lieu de travail<sup>31</sup>.

Si, d'un côté le télétravail a été récemment très en demande pour mieux concilier travail, intérêts familiaux ainsi que de contribuer à la réduction de pollution et circulation de voitures, en particulier dans les grandes villes, il existe néanmoins aussi un risque de « culture organisationnelle de disponibilité constante »<sup>32</sup>. Pour tenter de lutter contre cela, la *National Remote Work Strategy* a également introduit un code de pratiques pour les employeurs et les employés sur le droit de se déconnecter. Ce code énonce des orientations et des bonnes pratiques en vertu de l'article 2(2) de la loi de 2015 sur les relations sur le lieu de travail et, bien qu'elles ne soient pas juridiquement contraignantes, elles peuvent être prises en compte lors de l'application de la loi de 1997 sur l'organisation du temps de travail. Le code de bonnes pratiques contient la définition de ce droit :

« Le droit de se déconnecter fait référence au droit d'un employé de pouvoir se désengager de son travail et de s'abstenir de participer à des communications électroniques liées au travail, telles que des e-mails, des appels téléphoniques ou d'autres messages, en dehors des heures normales de travail. En bref, le droit à la déconnexion comporte trois éléments principaux : 1) Le droit pour un employé de ne pas travailler régulièrement en dehors des heures normales de travail. 2) Le droit de ne pas être pénalisé pour avoir refusé de se rendre au travail en dehors des heures normales de travail. 3) Le devoir de respecter le droit d'une autre personne à se

28 Maresa FAGAN, « Remote working laws should include the 'right to disconnect', say experts », *Irish Examiner*, 1<sup>st</sup> June 2021, <<https://www.irishexaminer.com/news/arid-40302851.html>>.

29 « Right to Request Remote Work Bill 2021 », consulté le 4 mars 2022, <https://www.gov.ie/en/publication/64d83-right-to-request-remote-work-bill-2021/>.

30 *A College Lecturer v A Third Level College*, ADJ-00029323, Workplace Relations Commission, <http://www.workplacerelements.ie/en/cases/2021/may/adj-00029323.html>.

31 *An Operations Coordinator v A Facilities Management Service Provider*, ADJ-00028293, Workplace Relations Commission, consulté le 4 mars 2022, <http://www.workplacerelements.ie/en/cases/2021/january/adj-00028293.html>.

32 Covid-19 Legal Observatory, *A Right to Disconnect: Irish and European Legal Perspectives*, 2021, <<https://www.tcd.ie/law/2020.21/Final%20RTD%20report.pdf>>.

déconnecter (par exemple, en n'envoyant pas de courrier électronique ou en n'appelant pas régulièrement en dehors des heures normales de travail) »<sup>33</sup>.

Le *Covid-19 Law and Human Rights Observatory* du Trinity College de Dublin affirme que le code de pratiques est « insuffisant pour assurer une application adéquate et efficace du droit de se déconnecter »<sup>34</sup>. Entre-temps, certains appels ont été lancés en faveur d'une règle aussi à l'échelle européenne sur le droit à la déconnexion, faisant suite à l'initiative de certains États qui ont déjà réglementé cet aspect<sup>35</sup>. Le 21 janvier 2021, le Parlement européen « a appelé la Commission à proposer une loi permettant aux salariés de se déconnecter du travail au dehors des heures de travail sans conséquences et fixant des normes minimales pour le travail à distance »<sup>36</sup>.

Un autre aspect sur lequel la récente pandémie a eu un impact significatif est la discussion sur l'usage des technologies de l'information et de la communication dans l'administration de la justice, une dimension aussi liée aux questions relatives au droit d'accès à la justice à l'heure du numérique. En Irlande, il était prévu de mettre en œuvre l'utilisation de la technologie numérique dans le processus judiciaire avant même le début de la pandémie, par exemple, pour les plaidoyers de culpabilité en ligne, les salles d'audience virtuelles et le dépôt en ligne des appels à la Cour suprême. Le *Private Residential Tenancies Board*, institution qui juge les différends en matière de location, a autorisé les audiences *via Skype* et *Microsoft Teams* tout au long de la crise de Covid-19<sup>37</sup>. La Cour suprême a tenu une audience virtuelle pour la première fois le 20 avril 2020<sup>38</sup>. L'audience a été affichée sur un écran dans une salle d'audience avec un journaliste qui était également présent pour répondre à l'exigence constitutionnelle de l'article 34.2 selon laquelle la justice doit être rendue publiquement<sup>39</sup>. À partir de 2020, en vertu du *Civil Law and Criminal Law (Miscellaneous Provisions) Act 2020*, il existe une base légale pour les audiences judiciaires à distance, la délivrance et le dépôt électroniques de documents. L'utilisation de la technologie numérique est donc devenue une priorité stratégique du service des tribunaux irlandais. Dans le plan stratégique 2021-2023 du Courts Service, le principe de *digital first* a été inclus comme objectif stratégique et le service a annoncé que cinquante nouveaux tribunaux à distance seront introduits en

33 Workplace Relations Commission, Code of Practice for Employers and Employees on the Right to Disconnect, 2021, <[https://workplacerelations.ie/wrc/en/what\\_you\\_should\\_know/codes\\_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf](https://workplacerelations.ie/wrc/en/what_you_should_know/codes_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf)>.

34 Covid-19 Legal Observatory, *op. cit.*

35 Jonathan KEANE, « The legal right to disconnect could become the norm in Europe », *CNBC*, Dublin, 22 June 2021, <<https://www.cnbc.com/2021/06/22/right-to-disconnect-could-become-the-norm-in-europe.html>>.

36 European Parliament, « Parliament wants to ensure the right to disconnect from work », 26 January 2021, <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20210121STO96103/parliament-wants-to-ensure-the-right-to-disconnect-from-work>> ; European Parliament, « Right to disconnect » should be an EU-wide fundamental right, MEPs say', 21 January 2021, <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210114IPR95618/right-to-disconnect-should-be-an-eu-wide-fundamental-right-meps-say>> ; Federica DE BLASIO, « As Member States take different approaches to regulating telework, will the EU bring them into line? », Eurofound, 31 May 2021, <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/blog/as-member-states-take-different-approaches-to-regulating-telework-will-the-eu-bring-them-into-line>>.

37 Residential Tenancies Board, « RTB Dispute Resolution Services and Covid-19 », 1<sup>st</sup> February 2021, <<https://www.rtb.ie/covid-19-emergency-legislation-for-rental-sector/rtb-dispute-resolution-services-during-the-emergency-period>>.

38 Orla O'DONNELL, « Supreme Court sits using remote technology for first time », *RTÉ News*, 20 April 2021, <<https://www.rte.ie/news/courts/2020/0420/1132582-court-remote-working/>>.

39 Ann O'LOUGHLIN, « Supreme Court conducts first ever hearing *via* remote video technology », *Irish Examiner*, 20 April 2020, <<https://www.irishexaminer.com/news/arid-30994987.html>>.

2021, tout en maintenant une approche hybride pour satisfaire l'exigence constitutionnelle d'administrer la justice en public<sup>40</sup>. En même temps, l'utilisation de la technologie numérique pour les audiences et les procès judiciaires a suscité des inquiétudes. Bien qu'il soit noté que de tels développements pourraient réduire les coûts d'administration judiciaire et offrir un meilleur accès à la justice<sup>41</sup>, cela pourrait également aggraver la « fracture numérique » entre villes et l'Irlande rurale et créer des problèmes de confidentialité et de protection des données<sup>42</sup>.

## II.- LES MÉCANISMES DE PROTECTION DES DROITS NUMÉRIQUES : AUTORITÉS, JUGES ET SOCIÉTÉ CIVILE

### A.- La centralité de la *Data Protection Commission* en Europe

Comme cela a été mentionné dans l'introduction, pour des raisons géographiques, sociolinguistiques et liées à l'attractivité fiscale, l'Irlande héberge les quartiers généraux européens des plus grandes multinationales du numérique, comme Microsoft, Google et Meta. Avec l'introduction du mécanisme du guichet unique (*one stop shop*) par le RGPD, la *Data Protection Commission*, l'autorité nationale irlandaise pour la protection des données, a acquis une importance particulière en Europe. Conformément à l'article 56 du RGPD, l'autorité de surveillance de l'État dans lequel le responsable du traitement ou le sous-traitant est établi doit agir en tant qu'autorité « chef de file » en cas de traitement transfrontalier de données, ce qui signifie que le commissaire irlandais à la protection des données représente *de facto* l'interlocuteur privilégié de la majorité des géants de la technologie traitant des données personnelles dans l'UE, ainsi que la garantie du droit à la protection des données personnelles des millions d'individus résidents en Europe<sup>43</sup>. Ce rôle crucial a été toutefois accompagné par plusieurs critiques, surtout quant à la capacité de cette autorité de surveiller de manière effective le comportement d'entreprises si grandes – l'autorité a souffert d'un manque criant d'effectifs dans les dernières années – ainsi que par rapport à son approche relativement « souple » à l'égard de multinationales établies en Irlande<sup>44</sup>. Cette dernière critique est notamment alimentée par un argument qui souligne un conflit d'intérêts potentiel, interne aux institutions de l'État irlandais, entre une politique fiscale attractive et très favorable aux entreprises et un contrôle rigide du RGDP qui pourrait amener à des sanctions très sévères. Il faut toutefois noter que récemment, sous la pression des autres autorités nationales

40 Courts Service, *Supporting Access to Justice in a modern, digital Ireland: Long-term Strategic Vision 2030*, <<https://www.courts.ie/acc/alfresco/b1bf7300-e162-46cd-995e-abc042799b87/Strategic%20Vision%202030.pdf/pdf>>.

41 Oireachtas Library & Research Service, *L&RS Spotlight: Algorithms, Big Data and Artificial Intelligence in the Irish Legal Services Market*, 2021, <[https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/libraryResearch/2021/2021-02-18\\_spotlight-algorithms-big-data-and-artificial-intelligence-in-the-irish-legal-services-market\\_en.pdf](https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/libraryResearch/2021/2021-02-18_spotlight-algorithms-big-data-and-artificial-intelligence-in-the-irish-legal-services-market_en.pdf)> ; Orla O'DONNELL, « Warning against widespread use of remote court hearings », *RTÉ*, 4 May 2021 <<https://www.rte.ie/news/courts/2021/0504/1213657-remote-courts/>> ; Rose WALL, « Opinion: Ireland's courts might have a digital future but vulnerable people need protection' » *thejournal.ie*, 16 May 2020, <<https://www.thejournal.ie/readme/digital-hearing-covid-5099016-May2020/>>.

42 Oireachtas Library & Research Service, *L&RS Note: Remote Court Hearings*, 2020, <[https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/libraryResearch/2020/2020-07-28\\_1-rs-note-remote-court-hearings\\_en.pdf](https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/libraryResearch/2020/2020-07-28_1-rs-note-remote-court-hearings_en.pdf)>.

43 T. J. MCINTYRE, « Implementing Information Privacy Rights in Ireland », in *International Human Rights: Perspectives from Ireland*, éd. par Suzanne EGAN, Bloomsbury Professional, 2015.

44 Mark PAUL, « Civil Liberties Group Calls for Review of *Data Protection Commission* », *The Irish Times*, consulté le 7 mars 2022, <https://www.irishtimes.com/business/technology/civil-liberties-group-calls-for-review-of-data-protection-commission-1.4804519>.

de protection de données, la *Data Protection Commission* s'est vue contrainte d'imposer des amendes considérables à des géants du web comme *WhatsApp*<sup>45</sup>.

Enfin, en ce qui concerne le rôle des autorités indépendantes irlandaises dans le contexte du numérique, il faut mentionner les récents débats sur l'institution d'une *Media Commission* contenue dans le projet de loi sur la sécurité en ligne et la réglementation des médias<sup>46</sup>. Un thème très « chaud » dans le panorama juridique irlandais est celui de la réglementation des contenus en ligne, et notamment des réseaux sociaux. La question ici est celle de la légitimité des restrictions à la liberté d'expression et de la responsabilité des plateformes dans la lutte contre la haine en ligne. En Irlande, la discussion actuelle se concentre sur le schéma général du projet de loi sur la sécurité en ligne et la réglementation des médias, le *Online Safety and Media Regulation Bill*. Ce projet de loi transpose la Directive (UE) 2018/1808 sur les services de médias audiovisuels, dont le délai de transposition a été dépassé par de nombreux États membres, parmi lesquels l'Irlande. La directive offre une coordination au niveau européen de la législation nationale sur tous les médias audiovisuels – émissions de télévision traditionnelles et services à la demande, en comprenant, entre autres, les objectifs de réglementer les développements technologiques dans le secteur, de protéger les enfants et les consommateurs, ainsi que la lutte contre la haine raciale et religieuse.

Le projet de loi irlandais a été critiqué par des experts de l'industrie et du droit, y compris le *Irish Council for Civil Liberties*, qui a noté de graves problèmes liés à une compression potentielle de la liberté d'expression, dans la mesure où le projet de loi réglemente les discours non illégaux en ligne<sup>47</sup>. McIntyre, président de l'ONG *Digital Rights Ireland*, a souligné également le souci de compatibilité avec la future législation européenne en matière de services numériques, tout en déclarant que le projet de loi créerait « un régime national de contrôle du contenu » sur un large éventail de plateformes d'une manière qui était « essentiellement sans précédent dans le droit irlandais ou européen »<sup>48</sup>. Un exemple controversé est la définition de la cyberintimidation, ou *cyberbullying* en anglais, que le Council susmentionné estime « trop vague et mal définie au point qu'il n'est pas clair qui spécifiquement pourrait être soumis à et/ou réglementée en vertu de ce projet de loi et/ou quand »<sup>49</sup>.

Le projet de loi irlandais prévoit aussi une *Media Commission* dont les fonctions comprendraient celles de l'actuelle *Broadcasting Authority of Ireland* et qui sera aussi censée réglementer dans le cadre de ses attributions le contenu nuisible en ligne, en devenant le nouveau « chien de garde » des activités en ligne de l'État<sup>50</sup>. Parmi les principales fonctions de la nouvelle Commission il y aura celle de préparer,

45 « *Data Protection Commission announces decision in WhatsApp inquiry* | 02/09/2021 | *Data Protection Commission* », consulté le 4 mars 2022, <https://dataprotection.ie/en/news-media/press-releases/data-protection-commission-announces-decision-whatsapp-inquiry>.

46 « *Publication of the Online Safety and Media Regulation Bill* », consulté le 4 mars 2022, <https://www.gov.ie/en/publication/88404-publication-of-the-online-safety-and-media-regulation-bill/>.

47 « *Free Expression Concerns with Online Safety and Media Regulation Bill* », *Irish Council for Civil Liberties*, 11 mars 2021, <https://www.iccl.ie/news/free-expression-concerns-with-online-safety-and-media-regulation-bill/>.

48 Laura SLATTERY, « *State going 'too far, too fast' with online safety legislation* », *The Irish Times*, May 26 2021, <<https://www.irishtimes.com/business/media-and-marketing/state-going-too-far-too-fast-with-online-safety-legislation-1.4576007>>.

49 « *Free Expression Concerns with Online Safety and Media Regulation Bill* ».

50 *The Irish Times*, « *Media Commission and Future of Media Commission stay on parallel paths* », 17 April 2021, <<https://www.irishtimes.com/business/media-and-marketing/media-commission-and-future-of-media-commission-stay-on-parallel-paths-1.4539685>>.

mettre en œuvre, surveiller et réviser les « codes et règles » à respecter par les fournisseurs de services numériques comme les principales plateformes des réseaux sociaux. Les services qui entreront dans ce champ, déterminés par la Commission, seront passibles de sanctions en cas de violation de ces codes. Ce régime pourrait potentiellement voir également des membres du public soumis à des codes d'une manière quasi pénale, ce qui, selon le *Irish Council for Civil Liberties*, pourrait créer des problèmes au niveau du respect des droits fondamentaux à la liberté d'expression, de communication et du droit à un procès équitable<sup>51</sup>. En vertu du titre 56 du projet de loi, la Commission sera également habilitée à réglementer les communications privées, notamment dans le cas de circulation de contenus illégaux, pouvoir dont le *Irish Council for Civil Liberties* doute justement qu'il puisse être effectué « d'une manière qui respecte les principes de légalité, nécessité et proportionnalité » et « sans porter atteinte à la présomption d'innocence »<sup>52</sup>.

### B.- De Dublin à Luxembourg : juges et société civile

La géographie du numérique en Europe, qui voit la majorité des multinationales du secteur établir leurs quartiers généraux européens en Irlande, ne donne pas seulement une importance particulière aux autorités indépendantes irlandaises, et notamment à la *Data Protection Commission*, mais par conséquent aussi aux juges irlandais qui sont saisis des cas qui opposent individus, sociétés et autorités dans le contexte du numérique. Pendant la dernière décennie, les cours irlandaises ont notamment statué sur ou posé des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'UE dans des affaires de portée cruciale pour des millions d'individus et milliers d'entreprises en Europe et bien au-delà<sup>53</sup>.

En 2014, sur renvoi préjudiciel de la part des juges irlandais, la Cour de justice de l'UE statua dans l'affaire *Digital Rights Ireland*. Cette affaire mena à l'invalidation de la directive européenne 2006/24/EC sur l'harmonisation des législations nationales en matière de conservation des données. Selon la Cour, la directive constituait une ingérence disproportionnée au regard de l'article 7 (Respect de la vie privée et familiale) et de l'article 8 (Protection des données personnelles) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>54</sup>. En 2006, l'ONG irlandaise *Digital Rights Ireland* avait saisi la *High Court* d'une action dans laquelle elle affirmait que la directive et la loi nationale de transposition prétendaient illégitimement à la conservation indiscriminée et généralisée de toutes métadonnées liées à une ligne téléphonique enregistrée au nom de l'organisation, sans pour autant respecter le principe de limitation de conservation des données. La directive 2006/24/EC avait été adoptée à la suite des attentats terroristes de Londres et Madrid au début des années 2000 et elle exigeait que les fournisseurs de services de communications téléphoniques conservent les données de trafic et de localisation relatives aux utilisateurs pendant une période spécifiée par la loi afin de prévenir, détecter, enquêter et poursuivre les crimes et de sauvegarder la sécurité de l'État. L'application de la directive exigeait une conservation généralisée et indiscriminée de données de tous les utilisateurs, tous les moyens de communication électronique, ainsi que toutes les données relatives au trafic sans aucune distinction ni référence

51 « Free Expression Concerns with Online Safety and Media Regulation Bill ».

52 « Free Expression Concerns with Online Safety and Media Regulation Bill », paragr. 45.

53 Je me permets de renvoyer à Federico FABBRINI, Edoardo CELESTE, et John QUINN, éd., *Data protection beyond borders: Transatlantic perspectives on extraterritoriality and sovereignty*, Oxford, UK et New York, NY, Hart, 2021.

54 *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238 (ECJ 2014).

particulière à une menace pour la sécurité publique. Et, notamment pour cette raison, la Cour de justice estima enfin que la directive constituait une interférence « disproportionnée » au regard de la Charte de l'UE<sup>55</sup>.

Toutefois, de manière intéressante, la Cour ne se limita pas à faire table rase de la norme européenne en matière de conservation des données, mais elle proposa aussi une série de lignes directrices pour orienter le législateur européen et national dans l'adoption d'une norme en matière de conservation de données qui soit conforme aux droits fondamentaux européens. Au fil de la jurisprudence successive, qui est d'ailleurs encore en cours d'évolution, au point que l'on parle d'une « *data retention saga* »<sup>56</sup>, la Cour a précisé que la conservation de données ne peut pas être généralisée, qu'elle doit être liée à un crime sérieux, que sa durée doit être proportionnée et que les autorités de police doivent obtenir l'autorisation préalable d'un juge, entre autres conditions qui permettraient finalement d'opérer un équilibre entre les intérêts liés à la sécurité de l'État et les droits à la protection des données et au respect de la vie personnelle des citoyens<sup>57</sup>.

L'année suivante, en 2015, la Cour de justice de l'UE, à laquelle la *High Court* irlandaise avait de nouveau soumis une question préjudicielle, invalida la décision de la Commission européenne qui reconnaissait l'adéquation du régime *Safe Harbour*, permettant le transfert de données personnelles de l'Europe aux compagnies américaines<sup>58</sup>. Le scandale provoqué en 2013 par les révélations de Edward Snowden sur l'existence de systèmes de surveillance de masse aux États-Unis affectant aussi les données de citoyens européens avait poussé l'activiste autrichien Max Schrems à dénoncer devant la *Data Protection Commission* irlandaise la pratique de *Facebook* de transférer certains types de données de Dublin à Menlo Park. L'autorité nationale avait objecté l'existence d'une décision de la Commission qui validait le régime *Safe Harbour*, permettant à *Facebook* d'opérer un tel transfert de données, ce qui avait à son tour permis à M. Schrems de saisir la *High Court* de l'affaire. La décision de la Cour de justice, en invalidant ce régime, se prononçait *de facto* sur l'état du respect des droits fondamentaux numériques aux États-Unis, dénonçant une situation de risque pour les données européennes. Nonobstant la tentative de la Commission et du gouvernement américain de remplacer le *Safe Harbour* par un nouveau programme d'échange de données, appelé *Privacy Shield*, en 2020, la Cour de justice invalida également ce deuxième régime une nouvelle fois pour des manques de la législation américaine à l'égard des droits fondamentaux numériques des citoyens européens et encore une fois sur renvoi opéré par le juge de Dublin et suivant un recours de recours de M. Schrems<sup>59</sup>.

En 2016, l'Irlande se retrouva confrontée à un autre type de différend, cette fois devant les cours américaines, affectant une des grandes multinationales établies sur son territoire, Microsoft, notamment en ce qui concerne l'accès aux données

55 Edoardo CELESTE, « The Court of Justice and the Ban on Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios », *European Constitutional Law Review* 15, n° 1, 2019, p. 134-157.

56 *Idem*.

57 *Idem*.

58 *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650 (ECJ 2015); Tuomas OJANEN, « Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter: ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, Maximilian SCHREMS v *Data Protection Commissioner* », *European Constitutional Law Review* 12, n° 2, septembre 2016, p. 318-329, <https://doi.org/10.1017/S1574019616000225>.

59 Maria TZANOU, « Schrems I and Schrems II: Assessing the Case for the Extraterritoriality of EU Fundamental Rights », in *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Federico FABBRINI, Edoardo CELESTE et John QUINN, éd., Oxford: Hart, 2021.

personnelles stockées sur l'île<sup>60</sup>. Le cas *Microsoft Ireland* est un exemple de ce type de tensions qui s'insèrent dans le débat sur l'exercice légitime de la souveraineté numérique par les États<sup>61</sup>. Le FBI, en vertu du fait que la société Microsoft est enregistrée aux États-Unis, demandait l'accès à des courriels conservés dans les serveurs irlandais du géant du numérique. Microsoft s'y opposait en raison de ses obligations découlant du droit national irlandais et européen. Après la saisine de la Cour suprême des États-Unis, le litige devint théorique à la suite de l'adoption par le Congrès américain du *CLOUD Act*, qui autorisait explicitement les autorités du pays à demander l'obtention des données, même si celles-ci avaient été enregistrées à l'étranger.

Un thème lié qui suscite actuellement de grands débats en Irlande porte sur le droit procédural et notamment sur l'utilisation des données de communication dans les procès. Cette discussion concerne le droit à un procès équitable. En l'occurrence, le juge irlandais a dû récemment se prononcer sur la validité de preuves obtenues à travers la conservation et l'accès à des données qui ne serait pas en conformité avec les décisions récentes de la Cour de justice de l'UE dans le domaine de la conservation de données, que nous venons de mentionner dans cette section. Dans l'affaire *Dwyer*, qui a débuté en 2020, l'accusation s'appuyait sur des éléments de preuve qui auraient lié M. Dwyer, accusé du meurtre de M<sup>me</sup> O'Hara, à certains téléphones qui à leur tour l'auraient relié à des données téléphoniques censées identifier ses déplacements<sup>62</sup>. M. Dwyer nia avoir tué M<sup>me</sup> O'Hara et affirma que l'utilisation de ces données était inconstitutionnelle car elle reposait sur le *Communications (Retention of Data) Act 2011*, la loi irlandaise transposant la directive européenne sur la conservation des données et annulée en 2014 dans l'affaire *Digital Rights Ireland*. Dans un jugement très long et détaillé, le juge Tony O'Connor de la *High Court* conclut qu'un régime comme celui mis en place par la loi irlandaise était interdit en vertu des normes de la Charte européenne. Toutefois, la Cour refusa de se prononcer sur la question de savoir si l'application de la loi et l'utilisation des données de téléphonie mobile qui en résulta dans l'affaire *Dwyer* étaient inappropriées. L'affaire fut donc portée en appel par le commissaire d'An Garda Síochána, la police irlandaise, et d'autres autorités devant la Cour suprême qui, à son tour, renvoya une question préjudicielle à la Cour de justice de l'UE en février 2020, notamment sur la question de savoir si l'arrêt *Digital Rights Ireland* pouvait avoir des effets rétroactifs au niveau national<sup>63</sup>. Dans l'affaire *DPP v. JC* de 2015, la Cour suprême avait précédemment établi que les preuves obtenues en violation des droits constitutionnels pouvaient être admises au procès lorsque l'inconstitutionnalité survenait à la suite d'évolutions juridiques ultérieures<sup>64</sup>.

60 Dan SVANTESSON et Felicity GERRY, « Access to Extraterritorial Evidence: The Microsoft Cloud Case and Beyond », *Computer Law & Security Review* 31, n° 4, 1<sup>er</sup> août 2015, p. 478-489, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.05.007>.

61 Paul DE HERT et Johannes THUMFART, « The Microsoft Ireland Case and the Cyberspace Sovereignty Trilemma. Post-Territorial Technologies and Companies Question Territorial State Sovereignty and Regulatory State Monopolies », *Brussels Privacy Hub Working Paper* 4, n° 11, 8 juillet 2018, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3228388> ; Edoardo CELESTE, « Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives », in *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Federico FABBRINI, Edoardo CELESTE et John QUINN, éd., Oxford, Hart, 2021, p. 211-228.

62 *Graham Dwyer v The Commissioner of An Garda Síochána, The Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Ireland and The Attorney General* [2020] IESC 4.

63 *Idem*.

64 Voir Yvonne Marie DALY, « A Revolution in Principle? The Impact of the New Exclusionary Rule », *Criminal Law and Practice Review*, 2018 2, p. 1-17.

Comme les noms des parties qui ont donné lieu aux décisions de la Cour de justice de l'UE mentionnées précédemment le laissent entendre, la société civile joue souvent un rôle très important en tant que promotrice de décisions de justice d'importance stratégique, ce que l'on appelle en anglais *strategic litigation* (contentieux stratégique). L'ONG *Digital Rights Ireland* et l'activiste autrichien Max Schrems sont deux exemples parmi un grand nombre d'acteurs issus de la société civile qui critiquent, contestent, initient des actions en justice et donc changent le scénario des droits fondamentaux numériques en Europe. Ce facteur extra-juridique n'est certainement pas à sous-estimer car il peut être la preuve de l'attention particulière que les thèmes liés aux droits fondamentaux numériques génèrent parmi la société civile et, comme on l'a vu dans la section précédente, d'une générale inertie de la part du législateur, ordinaire et constitutionnel, à mettre noir sur blanc les règles et les principes qui devraient guider la conduite des acteurs juridiques dans la société numérique.

#### CONCLUSION : VERS UNE CHARTE EUROPÉENNE DES DROITS FONDAMENTAUX NUMÉRIQUES

L'analyse du processus de développement et de protection des droits fondamentaux numériques en Irlande met en exergue des tendances d'ordre plus général. Tout d'abord, comme les autres rapports nationaux l'ont montré, les constitutions étatiques offrent rarement des références explicites au contexte du numérique, ayant été adoptées, dans la majorité des cas, avant l'avènement de la révolution numérique. Toutefois, ces textes contiennent souvent des normes technologiquement neutres, qui offrent un potentiel significatif en termes d'adaptation au contexte numérique par l'œuvre du juge. Ce qui peut être, toutefois, critiqué dans un tel système tient à l'absence de lignes directrices explicites en matière de droits fondamentaux numériques pour les acteurs sociaux comme les grandes entreprises du numérique et les individus qui opèrent et vivent chaque jour dans l'univers numérique. Il y a en fait des questions inexplicées auxquelles le droit constitutionnel n'offre pas de solution immédiatement compréhensible et qui nécessiteraient une œuvre de traduction et d'explication dans le contexte du numérique.

L'intervention de plus en plus décisive du législateur européen contribue certainement à améliorer cette situation, législateur qui, au cours de la dernière décennie, a placé la transition numérique en tête des objectifs stratégiques de l'Union et qui est en train d'adopter un vaste corpus juridique dans le domaine du numérique<sup>65</sup>. Il semblerait qu'après une période d'inertie entre les années 1990 qui avaient vu l'adoption des premières directives importantes en matière de numérique, comme la directive sur la protection des données personnelles en 1995 ou la directive sur le commerce électronique en 2000, il a fallu presque vingt ans pour que la Commission européenne propose l'actuel paquet législatif visant à introduire dans tous les États membres une approche uniforme quant au développement du numérique pour la prochaine décennie.

Les propositions de règlements en matière d'intelligence artificielle, de services numériques, de marché numérique et de gouvernance des données montrent bien un changement d'attitude envers le numérique au niveau européen. On commence à essayer de maîtriser le numérique, à établir quels sont les objectifs et les priorités de nos sociétés et à les défendre contre un développement dérégulé par des

65 « Europe's Digital Decade | Shaping Europe's Digital Future », consulté le 7 mars 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/europes-digital-decade>.

multinationales des TIC. Ces dernières années ont témoigné d'une multitude de cas dans lesquels la Cour de justice a dû intervenir pour interpréter le texte de directives adoptées il y a vingt ans. Les juges de Luxembourg ont *de facto* dirigé le développement du numérique en Europe et forgé une vision européenne anthropocentrique, qui est maintenant célébrée comme une marque distinctive de l'Union au niveau global. Et, comme on l'a démontré au fil de ce rapport, on ne peut pas sous-estimer l'apport de la société civile dans ce processus. ONG et individus ont joué un rôle central comme « chien de garde » de l'activité des législateurs et des autorités nationales. C'est grâce à leur activisme que la Cour de justice a pu intervenir et redresser des situations posant des risques sérieux pour nos droits fondamentaux dans le contexte du numérique qui avaient été négligés dans le silence de lois non mises à jour et d'acteurs institutionnels et privés qui essaient d'atteindre leurs objectifs à tout prix.

Ce bref rapport sur l'état du développement et de la protection des droits du numérique en Irlande nous a permis d'acquérir une vue d'ensemble sur un processus de constitutionnalisation graduel et multiniveau, qui inclut les acteurs de la société civile comme décrit par Teubner dans sa notion de « constitutionnalisme sociétale »<sup>66</sup>. Il est évident que la révolution numérique a mené une pluralité d'acteurs à réagir pour réaffirmer la validité des principes du constitutionnalisme contemporain dans l'univers numérique. En témoigne le développement d'un « constitutionnalisme numérique »<sup>67</sup>, dont les valeurs nourrissent et encouragent la conversation actuelle sur comment traduire les principes constitutionnels contemporains dans le nouveau contexte de la société numérique.

L'adoption du nouveau paquet de réformes que la Commission européenne a proposé pour ce que l'on a appelé la « décennie numérique » s'inscrit dans ce processus d'adaptation de principes à l'heure constitutionnelle. Les règlements qui seront prochainement adoptés dans ce secteur permettront de mettre en œuvre les principes et les valeurs clés du constitutionnalisme européen centré sur la personne dans le contexte du numérique. Et pour mieux guider ce développement, en janvier 2022, la Commission a proposé d'adopter une *Déclaration sur les droits et principes numériques*<sup>68</sup>. Il s'agit d'un texte qui n'aura pas de valeur juridique contraignante, mais qui sera adopté de manière solennelle par la Commission, le Conseil et le Parlement européen. Il s'agit d'une contribution importante car ce document condense les principes développés par la jurisprudence européenne dans les dernières décennies et rend explicite la manière dont les principes constitutionnels traditionnels peuvent être interprétés à l'heure numérique. Une déclaration politique qui servira à orienter entreprises, institutions et individus, surtout dans les circonstances où la lettre des constitutions nationales est difficile à interpréter. Il ne s'agit pas d'une « charte constitutionnelle », mais on ne peut pas exclure que cette déclaration représentera un premier pas vers un tel développement.

66 Gunther TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

67 Edoardo CELESTE, « Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation », *International Review of Law, Computers & Technology* 33, n° 1, 3 janvier 2019, p. 76-99, <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>.

68 « Déclaration sur les droits et principes numériques », *European Commission*, consulté le 7 mars 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_22\\_452](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_22_452).