

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 95.677 du 21 mai 2001

A.77.331/XIII-513

En cause : **ANTOUN** Nabil,
rue Rouppe 9
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de l'Intérieur,
ayant élu domicile chez
Me Michel MAHIEU, avocat,
avenue Louise 523
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 30 janvier 1998 par Nabil
ANTOUN qui demande l'annulation de :

- la décision du 18 décembre 1997, notifiée le 24 décembre 1997, par laquelle le Ministre de l'Intérieur lui refuse explicitement l'accès aux documents administratifs relatifs au vote automatisé;
- la décision implicite de refus d'accès prise par le Ministre de l'Intérieur le 11 décembre 1997 déduite de l'expiration des délais impartis à la commission d'accès aux documents administratifs pour communiquer son avis et au ministre pour reconsidérer la demande;

- pour autant que de besoin, la décision du 23 septembre 1997 refusant initialement l'accès aux documents administratifs relatifs au vote automatisé;

Vu l'arrêt n° 83.494 du 16 novembre 1999 décrétant le désistement quant aux deuxième et troisième objets du recours, rouvrant les débats pour le surplus et chargeant le membre de l'auditorat désigné par M. l'auditeur général de poursuivre l'instruction;

Vu le rapport complémentaire de M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 16 décembre 1999 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport complémentaire;

Vu la notification du rapport complémentaire aux parties et le dernier mémoire du requérant;

Vu l'ordonnance du 19 décembre 2000, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 25 janvier 2001;

Entendu, en son rapport, M^{me} GUFFENS, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, le requérant, et Me Fr. TULKENS, loco Me M. MAHIEU, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les éléments utiles à l'examen du recours ont déjà été exposés dans l'arrêt n° 83.494 précité; que la décision attaquée est motivée comme suit :

" J'ai bien reçu l'avis du 9 décembre 1997 de la commission d'accès aux documents administratifs concernant votre demande d'accès à la documentation relative au vote automatisé.

Toutefois, je n'envisage pas de reconsidérer notre position sur le refus de la communication du contenu des programmes informatiques, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, qui dispose que l'autorité administrative rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication si elle constate que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de certains intérêts notamment l'ordre public, les libertés et droits fondamentaux des citoyens et le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité.

L'article 62 de la Constitution dispose que le vote est obligatoire et secret. En outre, la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé a prévu différentes mesures destinées à assurer la fiabilité et la sécurité des systèmes ainsi que le secret du vote. En plus, un devoir de confidentialité a été imposé aux constructeurs.

En pratique, il m'est impossible de faire la distinction entre les codes sources et les mesures de sécurité, comme la commission d'accès aux documents administratifs l'estime. En effet, les mesures de sécurité et les logiciels sont imbriqués.

Néanmoins, je suis prêt à vous montrer sur rendez-vous les fonctionnalités du système de vote automatisé moyennant une élection simulée, sans toutefois dévoiler toutes les sécurités.

(...)" ;

Considérant que le requérant prend un moyen unique de la violation des articles 10, 11, 32, 33, 62, 118 et 162 de la Constitution, des principes généraux de la proportionnalité et de la sécurité juridique, des articles 108 à 180 du code électoral du 12 août 1928, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 6, 7 et 8 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et des articles 1 à 13 et 16 à 24 de la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé, de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs; qu'il fait valoir que les motifs de la décision

attaquée du 18 décembre 1997, relatifs au secret du vote et à la sécurité du système informatique, ne justifient nullement le refus d'accès aux documents administratifs dont il sollicite la consultation; que, d'une part, s'agissant du secret du vote, le requérant constate que la partie adverse ne dit pas en quoi il serait mis en péril par la consultation sollicitée; qu'à cet égard, il affirme qu'il ne demande à connaître ni le résultat du scrutin, ni le contenu du choix posé par un électeur mais qu'il demande seulement à s'assurer par lui-même de la fiabilité du système informatique mis en place et du caractère certain du résultat de l'élection; que, d'autre part, s'agissant de la sécurité du système informatique, le requérant observe que tout système mis en oeuvre pour procéder à une élection démocratique doit normalement s'accompagner de mesures propres à garantir son bon déroulement et à exclure toute possibilité de fraude; que si la divulgation du contenu des programmes de vote automatisé était de nature à permettre la fraude, le requérant estime qu'alors, nul ne pourrait en connaître le contenu à peine de rendre le système incertain et le résultat de l'élection manipulable et que les spécialistes employés par le Ministère de l'Intérieur, qui ont connaissance de ce contenu, seraient en mesure de le manipuler; que, selon lui, aucun texte législatif n'établit cette différence de traitement et que s'il existe, il y aurait lieu de se demander s'il ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution; que le requérant estime encore que les motifs avancés ne justifient nullement que la partie adverse lui refuse la consultation des documents administratifs qui ne lui posent aucun problème de sécurité, tel le cahier des charges, la convention passée avec le constructeur ou encore le document rendant compte de la constatation de conformité des systèmes automatisés de vote et de totalisation aux modèles agréés; qu'il relève que la commission d'accès aux documents administratifs a dans son avis émis le 9 décembre 1997 considéré qu'il n'y avait aucun inconvénient à permettre l'accès à ces documents;

Considérant que la partie adverse répond que le requérant ne démontre pas que, pris isolément ou cumulativement, aucun des nombreux motifs sur lesquels repose l'acte attaqué ne peut suffire à justifier la décision attaquée; qu'à propos de l'objection d'ordre technique et du secret du vote, la partie adverse expose d'abord les problèmes pratiques que poserait la publicité sollicitée par le requérant; qu'elle soutient que l'avis de la commission d'accès aux documents administratifs n'a pas été donné en toute connaissance de cause, comme le reconnaît implicitement la commission, laquelle a donné son avis avant de recevoir les documents demandés et a fait savoir qu'elle était intéressée par la proposition de démonstration de la partie adverse; qu'elle affirme, note technique à l'appui, qu'en raison de leur imbrication, les mesures de sécurité ne peuvent être dissociées des logiciels et que le secret du vote serait mis en péril si la consultation des documents administratifs demandés était autorisée, parce qu'il n'est, selon elle, techniquement pas possible de distinguer entre ces documents et le contenu du vote lui-même; qu'à titre subsidiaire, elle sollicite la désignation d'un expert afin de confirmer ou infirmer les éléments techniques qui fondent un des motifs de l'acte attaqué;

qu'en ce qui concerne la différence de traitement entre les spécialistes chargés d'organiser le programme de vote automatisé et le requérant, la partie adverse invoque comme fondement légal l'article 2 de la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé, lequel consacre, en son principe, la nécessité d'agréer les systèmes automatisés de vote et, partant, établit une différence de traitement entre les spécialistes chargés d'établir les systèmes à agréer et les autres citoyens; que la partie adverse estime par ailleurs quant à la prétendue discrimination et à la question préjudicielle sollicitée par le requérant que celle-ci est imprécise et non pertinente parce que le requérant n'est pas dans une situation comparable aux spécialistes spécialement mandatés, sous le bénéfice de certaines garanties, pour établir le contenu des programmes de vote automatisé; qu'elle

ajoute à titre surabondant que ces spécialistes sont soumis à une obligation de confidentialité et s'exposent à des sanctions pénales en cas de contrefaçon des supports de mémoires et des cartes magnétiques ou en cas d'altération frauduleuse des systèmes de vote et de totalisation de ceux-ci (art. 23 et 24 de la loi du 11 avril 1994 précitée); qu'elle soutient que telles qu'elles sont organisées, les mesures contenues dans la loi du 11 avril 1994 présente ainsi un rapport objectif et raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, le requérant observe que puisque la partie adverse affirme que ceux qui ont accès aux documents, peuvent mettre en péril le secret du vote, les spécialistes qui y ont accès violent dès lors déjà l'article 62 de la Constitution; qu'il critique la note technique, son origine inconnue et son manque de pertinence et de références; que le requérant relève encore que ce n'est pas parce qu'une loi donne à des spécialistes les pouvoirs de constituer un système de vote automatisé et de l'agréer que le public n'a pas le droit de prendre connaissance de la manière dont le travail a été effectué, et qu'aucune loi ne prive le citoyen d'un droit de regard qui est élémentaire et universellement reconnu dans tout système électoral démocratique; que, dans le même sens, il estime que la création et le dépôt du bulletin ayant changé et étant pris en charge par des machines programmables, il est indispensable, pour garder un niveau équivalent de transparence à celui existant pour les votes manuels, d'autoriser à prendre connaissance de la programmation;

Considérant que l'acte attaqué justifie le refus d'accès aux documents demandés sur base de l'article 6, § 1^{er}, 2^o, 4^o et 7^o, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, la loi 11 avril 1994 organisant le vote automatisé et l'impossibilité de faire la distinction entre les codes sources et les mesures de sécurité;

Considérant que l'article 32 de la Constitution dispose comme suit :

" Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134";

qu'en vertu de l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, "le vote est obligatoire et secret";

Considérant que l'article 6, § 1^{er}, 2^o, 4^o et 7^o, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, disposition visée par l'acte attaqué, dispose comme suit :

" § 1^{er}. L'autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants :

(...)

2^o les libertés et droits fondamentaux des administrés;

(...)

4^o l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales;

(...)

7^o le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité;

(...)"

Considérant que l'article 2, § 2, de la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé dispose en son alinéa 1^{er} que "les systèmes automatisés de vote et les systèmes électroniques de totalisation des votes ne peuvent être utilisés que s'ils sont conformes aux modèles agréés conformément aux conditions générales d'agrément déterminées par le Roi, qui garantissent en tout cas la fiabilité et la sécurité des systèmes, ainsi que le secret du vote"; qu'il

dispose en son alinéa 2 que le "Ministre de l'Intérieur constate cette conformité"; que l'article 3, § 4, de la même loi dispose comme suit :

" Les logiciels électoraux, les codes de sécurité, les cartes magnétiques individuelles et les supports de mémoire sont fournis par le Ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique ou son délégué lors de chaque élection. Les cartes magnétiques et les supports de mémoire sont restitués audit Ministre ou à son délégué dans le mois qui suit la date de l'élection au cours de laquelle ils ont été utilisés. Ces cartes et supports sont conservés dans les locaux du Ministère de l'Intérieur, avec indication de leur origine, aussi longtemps que l'élection n'est pas définitivement validée ou annulée";

que l'article 16 dispose que "le Ministre de l'Intérieur élabore les logiciels électoraux destinés aux bureaux principaux de canton, aux bureaux principaux communaux et aux bureaux de vote";

Considérant que postérieurement à l'acte attaqué, un article 5bis fut inséré dans la même loi par la loi du 18 décembre 1998, permettant la désignation par les assemblées parlementaires d'experts chargés de contrôler lors des élections l'utilisation et le bon fonctionnement de l'ensemble des systèmes de vote et de dépouillement automatisés; que cette disposition fut justifiée par la "nécessité de prévoir, dans un Etat démocratique, un contrôle du mode d'élection", permettant de s'assurer de la fiabilité des appareils, des logiciels et autres supports informatiques (Doc. Chambre, s. 1997-1998, n° 1420/1, p. 5); que cet article 5bis a été modifié par la loi du 12 août 2000, laquelle a élargi la mission des experts qui ont pour mission de contrôler "l'utilisation et le bon fonctionnement de l'ensemble des systèmes de vote et de dépouillement automatisés, les procédures concernant la confection, la distribution et l'utilisation des appareils, des logiciels et des supports d'information électroniques"; que ces experts "reçoivent du Ministère de l'Intérieur le matériel ainsi que l'ensemble des données, renseignements et informations utiles pour exercer" leur contrôle (art. 5bis, §2); qu'ils "peuvent

notamment vérifier la fiabilité des logiciels des machines à voter, la transcription exacte par l'urne électronique des suffrages exprimés ainsi que leur totalisation et la lecture optique des votes exprimés"; qu'en vertu de l'article 5bis, § 4, "les experts sont tenus au secret";

Considérant que l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration ne peut fonder l'acte attaqué; qu'en effet, il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif que la protection des intérêts mentionnés par l'acte attaqué est mise en péril par la demande du requérant; qu'on n'y aperçoit pas en quoi les libertés et droits fondamentaux des administrés seraient mis à mal, ni l'ordre public ni le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité;

Considérant que, certes, l'article 6, § 2, de ladite loi, non visée par l'acte attaqué, envisage aussi comme possibilité de rejet de la demande de consultation l'atteinte à une obligation de secret instaurée par la loi, comme le secret du vote consacré par l'article 62 de la Constitution, disposition quant à elle invoquée par l'acte attaqué; qu'à cet égard, il résulte de la combinaison des articles 32 et 62 de la Constitution que la consultation d'un document administratif, notion englobant les logiciels de vote automatisé, peut être refusée lorsqu'elle met en péril le secret du vote, c'est-à-dire s'il existe le risque que soit révélé comment une personne a émis son suffrage; que l'article 62 n'impose cependant pas un secret de l'ensemble des opérations électorales; qu'en l'espèce, le requérant ne demande qu'à prendre connaissance du fonctionnement global du système électronique afin de s'assurer que n'existe aucun risque de fraude ou de manipulation des résultats du vote; que l'article 62 de la Constitution ne peut dès lors non plus fonder l'acte attaqué; que la limitation de la publicité des documents administratifs ne peut en effet se concevoir que d'une manière restrictive et uniquement en présence d'un

risque suffisamment concrétisé de violation du secret du vote, ce qui n'est en l'espèce nullement démontré;

Considérant que, par ailleurs, la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé, et notamment les dispositions invoquées par la partie adverse dans son mémoire en réponse, n'apporte aucune restriction à la loi du même jour relative à la publicité de l'administration en sorte qu'elle ne peut servir de fondement à l'acte attaqué; que, surabondamment, la mission dévolue aux experts par l'article 5bis de la même loi, lequel est postérieur à l'acte attaqué, ne supprime pas la possibilité qu'a tout citoyen de s'assurer lui-même de la fiabilité des systèmes de vote et de dépouillement automatisés; qu'à ce propos, tant dans son rapport concernant les élections du 13 juin 1999 que dans celui concernant les élections du 8 octobre 2000, le collège des experts préconise une plus grande transparence pour l'électeur notamment par la divulgation du code source des systèmes de vote électronique (Doc. Chambre, S.E. 1999, 1/2, pp. 55; Doc. Chambre 50 0923/001, pp. 58 à 60); qu'ainsi, dans ses "recommandations", ce collège estime "tout à fait possible de construire un système sûr et fiable faisant usage de code source public", soulignant que "la sécurité des systèmes de vote électronique ne provient pas uniquement des systèmes eux-mêmes mais principalement des procédures attenantes"; que le collège se dit "convaincu que la divulgation partielle du code source (c'est-à-dire le code source sans les algorithmes de sécurité) est insuffisante et peut éventuellement accroître la méfiance vis-à-vis du vote électronique"; qu'il "plaide donc pour que le code source des systèmes de vote électronique soit rendu public intégralement et sans retard, dès la validation des élections du 8 octobre 2000"; que le collège admet "cependant que dans ce cas, et avant les prochaines élections, les algorithmes de sécurité (cryptage, codes numériques de contrôle, ...) des systèmes de vote actuels doivent être adaptés, tenant compte de la nouvelle situation découlant du code source public" (p. 60 du rapport concernant les élections du

8 octobre 2000); que, plus haut dans son rapport, le collègue, "admettant qu'à court terme l'adaptation des algorithmes de sécurité n'était pas possible", "marque son accord sur la publication du code source sans les algorithmes de sécurité, mais insiste pour qu'à long terme une divulgation intégrale du code source soit faite" (p. 12);

Considérant que l'impossibilité alléguée par la partie adverse d'opérer une distinction entre les codes sources et les mesures de sécurité (les algorithmes) en raison de leur imbrication, même à la supposer établie, est dépourvue de pertinence dès lors que l'obligation de publicité qui incombe à la partie adverse porte sur l'ensemble du logiciel, c'est-à-dire à la fois sur les codes sources et les mesures de sécurité; qu'en effet, le citoyen serait toujours fondé à redouter que dans la partie du logiciel qui serait soustraite à sa consultation pour un motif allégué de sécurité, se dissimulent en réalité des mécanismes propres à altérer le résultat du scrutin;

Considérant, en outre, qu'on aperçoit difficilement comment le requérant - ou tout autre citoyen - pourrait porter atteinte à la fiabilité du système, alors qu'il ne pourrait disposer que d'une copie des logiciels et que les opérations électorales se déroulent en circuit fermé, c'est-à-dire sans que les données ne transitent par un réseau accessible à d'autres personnes et donc en principe sans aucune possibilité de piratage informatique; que l'électeur dans un bureau de vote automatisé ne dispose que d'une carte magnétique qui lui est remise par le président du bureau de vote qui doit au préalable l'initialiser et que l'électeur n'a accès qu'au lecteur de cartes magnétiques, au crayon optique et à l'écran;

Considérant dès lors qu'en tant qu'il invoque la violation de l'article 32 de la Constitution, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration

et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 18 décembre 1997, notifiée le 24 décembre 1997, par laquelle le Ministre de l'Intérieur refuse explicitement à Nabil ANTOUN l'accès aux documents administratifs relatifs au vote automatisé.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 7.000 francs, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XIII^e chambre, le vingt-et-un mai deux mille un par :

MM. HANOTIAU,	président de chambre,
LEROY,	président de chambre,
M ^{mes} GUFFENS,	conseiller d'Etat,
MALCORPS,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M.-Chr. MALCORPS.

M. HANOTIAU.