



HAL
open science

Concepts et contours de l'intime en droit positif – la protection de la dignité

Martine Barré-Pépin

► **To cite this version:**

Martine Barré-Pépin. Concepts et contours de l'intime en droit positif – la protection de la dignité. Sylvie Crinquand, Paloma Bravo. L'intime à ses frontières, Editions Modulaires Européennes InterCommunication (E.M.E.), pp.17-34, 2012, Proximités Anthropologie, 978-2-8066-0287-9. hal-01702383

HAL Id: hal-01702383

<https://hal.science/hal-01702383v1>

Submitted on 15 Feb 2018

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

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

Concepts et contours de l'intime en droit positif – la protection de la dignité

Le droit français protège les individus contre les révélations de propos, faits ou images ayant trait à leur personne contrairement à leur volonté, contre les immixtions dans la vie privée et plus fondamentalement contre les atteintes à la dignité humaine. Il protège notamment les secrets et les confidences qui recèlent une part d'intime ou relèvent du domaine de l'intime, qu'il s'agisse d'un secret (confié à un) professionnel et en particulier du secret médical, ou bien du secret des correspondances, missives imprimées, échanges téléphoniques, messages électroniques, peu important leur objet. Il sanctionne également la violation du domicile, qu'elle soit le fait d'un particulier ou d'un dépositaire de l'autorité publique. Pour qualifier les faits d'atteintes portées aux victimes qui en demandent réparation, les tribunaux civils et pénaux se fondent sur les notions d'intimité de la vie privée et de confidentialité. En les appliquant à des situations réelles et en les adaptant aux évolutions sociales contemporaines, ils déterminent le domaine juridique de l'intime.

Le droit au respect de la vie privée s'exerce par la voie du consentement exprès et circonstancié de la personne qui choisit de révéler des éléments la concernant, spécifie telle image, tel souvenir ou tels propos, indique les conditions de leur divulgation et de leur utilisation. En autorisant leur publication, l'intéressé en modifie la nature : il les disqualifie de - leur ôte - tout caractère intime. D'une portée relative à chaque personnalité, la protection juridique de la sphère de l'intime connaît aussi des limites objectives dans les contentieux soumis à la justice, lorsque l'ordre public l'exige : quand des intérêts supérieurs tels que la recherche de preuves en vue de la manifestation de la vérité ou, dans une moindre mesure, l'exercice du droit à l'information requièrent des investigations ou justifient des révélations susceptibles de toucher à l'intimité des personnes en cause ou exposées aux feux de l'actualité. Dans la confrontation sociale, les contours de l'intime procèdent ainsi d'un équilibre des intérêts particuliers et/ou public qui sont en jeu.

I – Les fondements de la protection de l'intimité

Les dispositions répressives et civiles, générales ou spéciales, qui étayent la protection et déterminent la teneur de l'intime, présentent essentiellement des aspects subjectifs – leur mise en œuvre dépend du seuil de tolérance de la personne qui invoque le droit au respect de sa vie privée – et également objectifs, s'agissant des critères réglementaires de la décence que le bailleur d'un local d'habitation a l'obligation de respecter. Elles répondent à un même principe fondateur - la dignité de la personne humaine¹.

A – Les principaux dispositifs légaux et leur application par les tribunaux

La loi pénale protège la personne des atteintes à la vie privée dans un lieu privé et en particulier à son domicile ; elle en protège les confidences et toutes les correspondances privées, contre des pénétrations et

¹ Sur la protection de la dignité et de la vie privée, V. E. Dreyer, Droits de la presse et droits de la personnalité, Recueil Dalloz 2011, p. 780.

révélations qui constituent les délits de violation. Et le code civil érige le droit de chacun au respect de sa vie privée en principe sur lequel est fondé un droit à la réparation des atteintes ; il donne aussi pouvoir au juge de décider de mesures de saisie et séquestre pour faire cesser des atteintes à l'intimité de la vie privée. La notion d'intimité apparaît par ailleurs explicitement dans la réglementation sur les critères objectifs de décence du logement.

Au chapitre des atteintes à la personnalité, les articles 226-1 et suivants du code pénal punissent d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le délit d'atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée qui est commis soit « en captant, en enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel », soit « en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». Sont ici visés le recueil à leur insu et la publication des propos ou photos d'individus en recourant à des procédés téléphoniques ou électroniques d'écoutes, téléobjectifs, télésurveillance. La notion de lieu privé est largement entendue par les tribunaux qui qualifient comme tel les vestiaires, le bureau ou la cantine d'une entreprise, une chambre d'hôpital, un bateau en mer². Et les articles 226-4 et suivants du même code définissent et répriment les violations du domicile en tant que local privé – « lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux »³. Ainsi, il peut s'agir d'une chambre d'hôtel ou d'un véhicule mobile. L'individu est de la sorte protégé dans son intimité, son intégrité physique et sa vie personnelle et familiale, contre l'introduction chez lui de représentants de l'autorité publique, hormis dans le cadre légal strict de perquisitions et visites domiciliaires, et contre les intrusions de tout particulier - bailleur, préposé d'une entreprise ou voisin.

Deux formes d'atteinte au secret sont visées par le code pénal : la violation du secret professionnel définie comme « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire »⁴ et celle du secret des correspondances constituée par « le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance »⁵. La confidentialité est assurée par ce dispositif qui réprime les indiscrétions. Peu importent la forme que revêt et le procédé qui assure la correspondance. Tout écrit, tout message qui n'est pas destiné à un public mais à « divers destinataires qui constituent entre eux un groupement de personnes liées par une communauté d'intérêt » relève du régime du secret des

² ... « ne se trouvant plus à proximité d'une plage ou d'un port mais au large lorsque toute personne à bord, si aucune embarcation n'évolue dans le voisinage, est fondée à se croire à l'abri des regards », Cour d'appel de Paris, 5 février 1979.

³ Cour de cassation, Chambre criminelle, 24 avril 1985.

⁴ Article 226-13.

⁵ Article 226-15.

correspondances privées. Et tout ce qui n'est pas de la correspondance privée est une publication⁶ soumise au régime de la loi de 1881 et des délits de diffamation ou d'injures suivant le régime procédural spécial⁷ – garant des libertés de la presse et d'opinion – d'une très courte prescription, en trois mois, des délits de presse.

La protection civile de l'intime repose sur la notion d'intimité de la vie privée formellement visée à l'article 9 alinéa 2 du code civil depuis la loi du 17 juillet 1970⁸. L'alinéa 1^{er} du même article qui dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée »⁹ est largement invoqué devant les tribunaux pour toutes sortes d'atteintes à la personnalité, à l'image ou au droit d'être laissé tranquille et, ce, sans que l'intimité de la personne soit nécessairement visée et touchée. Ainsi, la divulgation sans autorisation de photos prises de l'intérieur d'un logement par une société HLM en vue d'établir, dans un contexte procédural, l'état de désordre régnant dans les lieux loués « constitue une atteinte au respect de la vie privée des locataires qui s'étend à la présentation interne de locaux constituant le cadre de l'habitation »¹⁰. Par ailleurs, les atteintes perpétrées dans des journaux ou sur le réseau internet qui concernent souvent des personnes ayant une activité publique sont systématiquement, s'agissant d'imputations ou allégations nuisant à leur honneur et considération, (re)qualifiées en délits de presse.

La notion d'intimité apparaît autrement dans la réglementation relative aux critères de décence du logement¹¹. Depuis la loi du 13 décembre 2000¹², le lieu de vie doit être décent. L'article 1719 du code civil oblige le bailleur à « délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent » et l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989 qui régit les baux à usage d'habitation principale ou mixte impose au bailleur de « remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques

⁶ Caractérisée par la publicité qui est constituée par la diffusion de l'écrit à des personnes non liées par une communauté d'intérêt, Cour de cassation, 2^{ème} Chambre civile, 23 sept. 1999 et 10 mai 2001.

⁷ L'exception de vérité opposable à une poursuite du chef de diffamation ne peut pas être invoquée lorsqu'elle porte sur des faits relevant de la vie privée.

⁸ Les mesures prévues (par ce texte) ne peuvent être ordonnées en référé que dans le seul cas d'une intrusion dans la vie privée qui porte atteinte à l'intimité de celle-ci, et non lorsqu'il s'agit de renseignements d'ordre purement patrimonial exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé, Civ.1, 4 oct. 1989, JCP, IV, 388 B.N°307.

⁹ « Chacun a droit au respect de sa vie privée » .

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

¹⁰ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 7 nov. 2006. Dans cette espèce où l'intimité n'est pas précisément en cause et sans qu'elle soit non plus mentionnée, la dignité des locataires eu égard à leurs propres espace et mode de vie est bien prise en considération par les juges.

¹¹ M. Barré-Pépin, La protection du logement en droit privé, Litec, Paris 2009 ; spéc., Les caractéristiques du logement décent ; Le régime de l'obligation des bailleurs, § 277 & s.

¹² Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, dite loi SRU.

manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation ». Les conditions d'habitabilité des locaux loués sont dès lors réglementées. Le bailleur doit se conformer aux caractéristiques définies à l'article 3, relatif aux éléments d'équipement et de confort, du décret du 30 janvier 2002. Ainsi, le local loué vide ou meublé qui ne comporte pas « une installation sanitaire intérieure comprenant un équipement pour la toilette corporelle aménagé de manière à garantir l'intimité personnelle¹³ n'est pas un logement décent. L'obligation de décence instituée par les pouvoirs publics vise à lutter contre « l'habitat indigne » et à protéger les locataires dépendants du bon vouloir des propriétaires bailleurs. Elle est d'ordre public : toute stipulation contraire figurant dans un bail est nulle.

D'une manière générale, les lois de procédure prévoient que soient prises des mesures propres à assurer le secret de débats s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée. Les débats ont alors lieu ou se poursuivent en « chambre du conseil »¹⁴. Et « l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée »¹⁵. Le code de procédure pénale vise tout autrement « l'intime conviction » du juge à propos de l'administration de la preuve¹⁶ et celle des juges et jurés auxquels le Président de la Cour d'assises s'adresse en ces termes : « vous jurez et promettez (...) de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions »¹⁷. Sans aucun rapport avec l'intimité de la vie privée, la notion d'intime conviction fait que, à la différence de celles des autres juridictions, les décisions

¹³ Décret relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains : Article 3 – « Le logement comporte les éléments d'équipement et de confort suivants : (1. à 4....) ; 5. Une installation sanitaire intérieure au logement comprenant un w.-c., séparé de la cuisine et de la pièce où sont pris les repas, et un équipement pour la toilette corporelle, comportant une baignoire ou une douche, aménagé de manière à garantir l'intimité personnelle, alimenté en eau chaude et froide et muni d'une évacuation des eaux usées. L'installation sanitaire d'un logement d'une seule pièce peut être limitée à un w.-c. extérieur au logement à condition que ce w.-c. soit situé dans le même bâtiment et facilement accessible » ;

¹⁴ ... ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice, Article 435 ; v. aussi, les articles 1016 du Code de procédure civile et R321-47 du code de commerce.

¹⁵ Code de procédure civile, Article 247.

¹⁶ Art. 427 : Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction.

¹⁷ Article 304 du code de procédure pénale : Il donne par ailleurs lecture de l'instruction suivante qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations : " La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, (...) ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : " Avez-vous une intime conviction ? ".

rendues « en leur âme et conscience » par les juges et jurés d'assises ne sont pas motivées.

B – La notion de droit au respect de la vie privée et la sphère de l'intime

Il n'y a pas de définition de la vie privée dont l'indétermination est inhérente au contenu d'une liberté. Sur le fondement de l'article 9 du code civil, les éléments retenus par les tribunaux - les aspects de la personnalité considérés comme appartenant au domaine de l'intimité - sont aussi divers que la vie sentimentale et sexuelle, conjugale et familiale, la santé¹⁸ et les mœurs, les souvenirs et les opinions, la simple vie quotidienne¹⁹. Et quiconque, un salarié comme un autre, a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de la vie privée²⁰. La notion de vie privée est plus étendue que celle d'intimité de la vie privée qui en constitue le cœur, la sphère propre à chaque individu ou la part secrète de toute famille. La vie privée, domestique et personnelle non publique, s'entend plus largement que ce qui relèverait par nature de l'intimité. Néanmoins la notion de vie privée, maintenue à l'abri des regards d'autrui et du public, est doublement opérante en jurisprudence.

S'agissant de personnes participant à la vie publique, politique, artistique ou sportive, *stars* ou *people* mêlées à l'actualité, la notion de respect de la vie privée et l'article 9 du code civil s'appliquent à des éléments qui n'ont pas objectivement, « en soi », de caractère intime. L'adresse ou l'identité, les coordonnées téléphoniques²¹, les activités et des relations, peuvent être soustraites à la connaissance du public et maintenues secrètes par les intéressés. Car chacun, aussi illustre soit-il, a droit au respect de sa vie privée²². « Un monarque a, comme toute autre personne, droit au respect de la vie privée et peut s'opposer à la diffusion de son image dès lors qu'elle ne la représente pas dans l'exercice de la vie publique » ; et « le droit au respect de la vie privée permet à toute personne, fût-elle artiste du spectacle, de s'opposer à la diffusion

¹⁸ La révélation dans un livre de faits couverts par le secret médical et concernant des personnes décédées constitue pour l'épouse et les enfants de l'intéressé une atteinte manifestement illicite à l'intimité de leur vie privée, Paris 13 mars 1996, Revue Trim. de Droit Civil (Ed. Dalloz) 1997, 499.

¹⁹ La reproduction d'images représentant des handicapés mentaux dans l'intimité de leur existence quotidienne dans l'établissement où ils vivent et ce, sans l'autorisation de leurs représentants légaux, constitue à elle seule, une atteinte illicite à l'intimité de leur vie privée, Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 24 févr. 1993, Recueil Dalloz 1993, 614.

²⁰ Celle-ci implique en particulier le secret des correspondances : l'employeur ne peut dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur. Ainsi obtenus de façon illicite, les éléments prouvant la faute de l'employé qui entretenait une activité parallèle pendant ses heures et à partir de son poste informatique mis à sa disposition par l'entreprise ont été écartés des débats dans la procédure de licenciement, Cour de cassation, Chambre sociale, 2 octobre 2001, Nikon France c/ M. Onof.

²¹ La divulgation d'un numéro de téléphone a pour effet de porter atteinte à l'intimité de la vie privée de son titulaire, Tribunal correctionnel de Brey, 15 sept. 1992, Gazette du Palais, 1993, 1^{er} semestre, p. 201.

²² Cour de cassation, 2^{ème} Chambre civile, 8 juillet 1981 : Affaire Jacques Brel. Dès lors qu'elle constate qu'un artiste avait à maintes reprises, manifesté sa volonté d'échapper à la curiosité des journalistes et des photographes de presse et que plusieurs photographies publiées avaient été prises dans un intérieur "non identifiable", la Cour d'appel ne peut pas rejeter la demande de ses héritiers fondée sur l'atteinte portée au droit sur son image et à sa vie privée.

sans son autorisation expresse, de son image ». Selon un attendu de principe, « toute personne a sur son image et l'utilisation qui en est faite un droit exclusif et peut ainsi s'opposer à sa reproduction sans son autorisation ». Le droit à l'image peut en effet être considéré comme un attribut particulier de la personnalité, un droit autonome. Or les décisions précédentes indiquent que, notamment pour les célébrités traquées par les médias, le droit à l'image constitue une « variante » ou composante du droit au respect de la vie privée auquel il est assimilable. Ce sont elles qui déterminent la frontière entre leur participation à la vie publique et leur vie privée : indiquent la ligne qui leur est propre, à ne pas franchir, de l'une à l'autre. La notion de vie privée est relative - son étendue varie pour chaque individu – de sorte que le domaine secret dépend de la personne qui consent à être photographiée ou manifeste sa volonté contraire pour préserver son intimité ; ou, suivant le moment et les circonstances, s'abrite soigneusement ou au contraire s'exhibe complaisamment.

Et pour les personnalités qui ont une représentation d'elles à donner sinon à contrôler ou, précisément, une « image » à offrir, voire une notoriété à monnayer, le droit à l'image présente la double nature de droit de la personnalité hors du commerce juridique, auquel on ne peut pas renoncer par convention, et de droit patrimonial, c'est-à-dire d'un bien échangeable telle une marchandise sur un marché. En ce qui concerne la protection de la personnalité, chacun est libre de déterminer les traits sous lesquels sa personne se manifeste en société. Pour ce qui est de la valeur économique que constitue et les profits que génère l'effigie de célébrités, des contrats, généralement négociés par des agents intéressés, la promeuvent et en fixent les conditions d'exploitation. Le « commerce » de la notoriété de champions est aussi « juteux » que celui de marques de produits ou services auxquelles elle est attachée. Les sportifs professionnels et personnes célèbres qui consentent à l'utilisation commerciale de leur image n'en conservent pas moins le droit discrétionnaire et inaliénable d'empêcher révélations et ingérences dans leur vie privée. Grâce à cette faculté, ils peuvent préserver leur intimité même en public. Ce droit d'être laissé tranquille, cette liberté d'aller et venir *incognito*, correspond à la notion américaine²³ de *right of privacy*²⁴.

²³ « Le droit de la protection de la vie privée (...) est conçu, en France, comme un droit de la protection de la dignité et, aux Etats-Unis, comme un droit de la protection de la liberté. Plus largement, les systèmes de droit européens accordent une large attention aux questions de la dignité individuelle, valeur presque tout à fait ignorée dans la jurisprudence américaine », James Whitman, Professeur de droit comparé à l'université de Yale, Deux notions d'égalité devant la loi, in La justice américaine en question(s), Le Monde 4 juin 2011.

²⁴ François Rigaux, L'élaboration d'un 'Right of privacy' par la jurisprudence américaine, Revue internationale de droit comparé, 1980, Vol. 32, N°4, pp. 701-730. Le 'Right of publicity' se conçoit à l'inverse comme le droit de consentir à la publication et de fixer les conditions d'exploitation d'événements personnels ou d'attributs tels que l'image et la voix.

II – L'exercice des droits de la personnalité et les contours de l'intime

À l'instar des autres droits de la personnalité, le droit au respect de la vie privée s'exerce – il s'exprime - par convention : en consentant formellement à la révélation d'évènements personnels tenus secrets, en spécifiant les modalités de publication de souvenirs et les conditions d'utilisation de son image, l'individu marque discrétionnairement les frontières de son intimité²⁵. En pratique et en droit, l'informatisation de données à caractère personnel qui en a permis la conservation puis la diffusion sur le réseau internet cantonne la portée de cette liberté. D'autre part, la protection juridique de l'intime est limitée dans les cas légaux d'ingérence justifiés par des intérêts supérieurs et le pouvoir d'empêcher la reproduction photographique de ses traits subit des restrictions à des fins d'information d'actualité du public et au nom de la liberté de création.

A - Le principe du consentement à la publication de l'image et de données personnelles « sensibles »

Le droit discrétionnaire de garder secrets les faits ou données que l'individu considère personnels et intimes a pour corollaire l'exigence de son consentement pour leur révélation et leur utilisation. L'autorisation de l'intéressé à la publication de son image ou d'éléments relatifs à sa vie privée est le moyen d'en contrôler tout usage ultérieur et de sauvegarder son intimité. Car cette autorisation est spéciale, non générale ni définitive, mais strictement limitée à une utilisation déterminée. En principe, elle doit être expresse et la société éditrice d'un magazine ne peut se contenter d'une simple déclaration du photographe, il lui faut vérifier l'existence et respecter les conditions de l'autorisation dont elle se prévaut.

L'autorisation de diffuser une image est toujours donnée pour une destination précise, par exemple, à des fins d'illustration et non polémiques, à des fins d'information, ni publicitaires ni électorales - ou l'inverse ! - et la publication ne doit pas être détournée de cette finalité. Ainsi, la légende et les commentaires d'un cliché photographique autorisé par ailleurs peuvent constituer l'atteinte à la vie privée de la personne représentée²⁶. Non seulement l'intéressé a la maîtrise du contexte et du support des révélations mais, s'agissant de faits antérieurement révélés, ces strictes conditions de licéité de publication lui assurent un « droit à l'oubli » : l'autorisation ne permet pas une redivulgence ultérieure des mêmes faits par des organes de presse qui ne peuvent pas se prévaloir d'une tolérance ni de la complaisance de la part des personnes visées²⁷. Leur attitude est tout de même prise en considération ; la provocation ou le fait de s'être « livré en pâture au public » auront une incidence sur l'évaluation du préjudice et le montant de la réparation.

²⁵ L'auteur a un droit moral inaliénable sur son œuvre – émanation de sa personnalité - fondant le principe du consentement exprès de la personne à la divulgation de son œuvre comme de ses écrits intimes.

²⁶ Le consentement à la publication d'une photo sur un site Internet n'implique pas l'autorisation de diffuser ce cliché en animant le visage par un procédé informatique, TGI Paris, 5 janvier 2000, Recueil Dalloz 2001, Sommaire, p. 1922.

²⁷ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 30 mai 2000, illicéité de la publication de photos réalisées à des fins publicitaires et d'informations que l'intéressé avait lui-même publiées dans un livre autobiographique pour illustrer un article critiquant sa carrière et son mode de vie. Il sera montré que des solutions contraires sont motivées parce que « les faits révélés sont devenus de l'information » (V. Infra B/)

Avec l'informatisation et le commerce global des fichiers de données personnelles, ce principe fait figure d'exception au régime de leur collecte, traitement et conservation²⁸. Dans le système, en vigueur depuis les années 1980, qui en garantit la libre circulation dans les pays membres de l'union européenne²⁹ tout en ménageant la protection des individus, ceux-ci ne disposent que d'un droit encadré de s'opposer à la collecte et à la conservation des données qui les concernent. Les activités de traitement sont réglementées et les fichages contrôlés en France par la CNIL³⁰. La collecte frauduleuse, déloyale ou illicite de données et le détournement de finalité des informations nominatives sont passibles des peines de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende³¹. Dans le respect des conditions légales, excepté pour les traitements publics qui font l'objet d'un acte réglementaire, le principe est celui d'un simple droit d'opposition de la part de l'intéressé – droit dont il est avisé - à l'enregistrement de données considérées comme des marchandises librement échangeables. Autrement dit, le principe d'être fiché, sauf exercice du droit de sortie, correspond aux pratiques du marketing. Seules les données dites « sensibles » sont soumises à l'exigence du consentement exprès faute duquel - et hors les cas prévus par la loi - leur mise ou leur conservation en mémoire est puni des mêmes peines³². Il s'agit de « données à caractère personnel qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes ». Par nature, ne touche guère à l'intimité que la dernière catégorie des aspects désignés par ce dispositif qui vise à interdire le recueil et l'échange de « données potentiellement discriminantes ». Pour de telles données, ne figurent dans un fichier que les personnes qui y ont expressément consenti³³.

²⁸ Institué par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (transposant la Dir. CE 95/46).

²⁹ Système issu de Directive 95/46 du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Sans équivalent aux Etats-Unis, un accord spécifique a tout de même été négocié avec la Federal Trade Commission pour l'exportation de données personnelles : les entreprises américaines sont libres d'adhérer à ces « *Safe Harbour principles* » organisant une protection minimale des personnes.

³⁰ Y inclus les enregistrements visuels de vidéosurveillance régis par la loi 95-73 du 21 janvier 1995 relative à la sécurité modifiée par la loi 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et parmi lesquels les dispositifs installés dans les lieux publics sont en outre soumis à autorisation préfectorale.

³¹ Code pénal, articles 226-18 et 226-21. Le non-respect des formalités préalables à leur traitement informatique et la conservation au-delà de la durée prévue sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende par les articles 226-16 et 226-20.

³² Code pénal, articles 226-19.

³³ Concrètement, il y a deux systèmes distincts de recueil du consentement de données à caractère personnel, l'*opt-out*, avec un droit de sortie en décochant une case et l'*opt-in* où ne rentrent dans le fichier que ceux qui ont bien voulu cocher une case d'acceptation. La notion de consentement préalable éclairé requis par la CNIL pour le traitement de données sensibles fait polémique : le principe de l'écrit et le respect de ces exigences ferait baisser le taux de réponse à des enquêtes INSERM sur les comportements sexuels en France. Ainsi les chercheurs qui déplorent un glissement du contrôle de la pertinence des traitements et de la proportionnalité des données par rapport à la finalité vers un contrôle de l'opportunité de leurs recherches militent pour la reconnaissance de la spécificité de la recherche et d'un statut offrant des garanties de protection (secret professionnel, consentement, anonymisation) et de bonne utilisation, avec des responsabilités et précautions.

Depuis la fin des années 90, les tribunaux sanctionnent systématiquement les atteintes à la vie privée et à l'intimité de personnes dont l'image a été diffusée sur internet contre leur gré, sans leur autorisation³⁴. Mais ni la technologie ni la loi ne suffisent plus à garantir le respect de la vie privée des internautes. La tendance est à l'exposition de soi et d'autrui sur le web, notamment au travers des réseaux sociaux qui sont aujourd'hui couramment consultés par des recruteurs. Un tiers peut avoir, à l'insu de l'intéressé, publié des photos qui se retrouvent en ligne, indexées sur des moteurs de recherche et potentiellement accessibles par n'importe qui. Or, dans la majorité des cas, ce sont les utilisateurs eux-mêmes qui, en diffusant des images de leur visage, ont renoncé à lui garder son caractère intime. Ainsi cet attribut hautement personnel a donc désormais pris un caractère public³⁵. Ce phénomène de société qui permet un contrôle de la vie privée et la surveillance d'autrui sur les réseaux sociaux a déjà fait l'objet d'un rapport public d'information. Intitulé « la vie privée à l'heure des mémoires numériques – pour une confiance renforcée entre les citoyens et la société de l'information »³⁶, y est posée la question du droit à l'oubli dans l'univers numérique, lequel impliquerait celui d'obtenir la suppression de données, une sorte de droit de repentir. Un avocat parle de « dignité numérique »³⁷. Une proposition de loi visant à garantir le droit à la vie privée sur internet consacrant le droit à l'oubli numérique et la faculté d'exiger sans frais la suppression de données à caractère personnel, pour des motifs légitimes et sauf les cas d'exclusion, a ainsi été adoptée par le Sénat le 23 mars 2010.

B - Les limites de la protection – les cas d'ingérence prévus par la loi et le droit à l'information

Si les frontières de l'intime ont bougé avec les nouvelles pratiques largement déterminées par l'évolution des technologies de l'information et de la communication, le droit au respect de la vie privée s'exerce toujours en milieu conflictuel : il est sinon en opposition du moins en concours avec des libertés d'expression, d'opinion et de la presse et avec le droit à l'information lui-même restreint pour protéger la réputation ou les droits d'autrui et pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles³⁸. C'est ainsi que, en pondérant des

³⁴ Jugée par la Cour d'appel de Paris 10 février 1999, l'affaire Estelle Haliday - la photo de l'artiste dénudée avait été publiée sur internet - est emblématique.

³⁵ Guillot Cl., La photographie sur internet, du narcissisme à l'inquisition, Le Monde, 9 juillet 2011.

³⁶ Detraigne Y. et Escoffier A-M., Rapport d'information N° 441 (2008/2009).

³⁷ « Reconnaître le droit à l'oubli, c'est reconnaître une certaine dignité numérique », Alain Bensouan, in Atelier « Droit à l'oubli » ou comment remédier à la postérité d'un postérieur, Lionel Thoumyre, Juriscom.net, 13 novembre 2009.

³⁸ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

Article 8 – 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 10 - 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un

intérêts particuliers et/ou général qui se confrontent les uns aux autres, les tribunaux positionnent le curseur entre sphère privée et sphère publique. Mais l'intime connaît d'abord les limites que l'ordre public exige pour l'administration de la preuve judiciaire, en vue de la manifestation de la vérité, et à des fins de sécurité.

Il existe des dérogations légales à l'inviolabilité du secret des correspondances pour les nécessités de l'information judiciaire. Des interceptions³⁹ peuvent être ordonnées par l'autorité judiciaire⁴⁰ tandis que les interceptions de sécurité sont contrôlées par une commission indépendante. Les différents cas d'exonérations des peines du délit de violation du secret professionnel prévus par l'article 226-14 du code pénal⁴¹ concernent d'une part toute personne qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives des privations, sévices ou mutilations sexuelles dont il a eu connaissance et infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger - le médecin qui porte à la connaissance du Procureur de la république ceux qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession devant avoir l'accord de la victime majeure -, d'autre part les professionnels de santé et de l'action sociale qui informent le préfet du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent, lorsqu'elles détiennent une arme ou veulent en acquérir une.

Différentes dispositions ont trait à la loyauté de la preuve. Dans l'entreprise, un principe de transparence veut que les employés soient informés de la mise œuvre d'un système de vidéosurveillance sur leur lieu de travail. Et selon l'article L 1221-9 du code du travail, « aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à l'emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat ». Dans le contentieux du travail et les procès en licenciement où l'employeur tente d'établir la faute du salarié en accédant à sa messagerie électronique, la chambre sociale de la cour de cassation a assoupli la rigueur de sa position dans les affaires Nikon et Cathnet-science⁴² en

régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

³⁹ Également régies par la loi 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

⁴⁰ Loi du 10 juillet 1991, article 2.III : code de procédure pénale, article 100 : “le juge peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle. La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours”.

⁴¹ L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : (...)

⁴² Cour de cassation, Chambre Sociale, 2 octobre 2001, v. supra Note 21 ; dans la seconde affaire, (Cour de cassation, Chambre Sociale, 17 mai 2005), sous les vises de l'article 8 de la Convention EDH et de l'article 9 du code civil, elle censure l'arrêt qui approuvait l'ouverture de fichiers personnels et le licenciement pour faute grave de M. X..., dessinateur, par la société Nycomed Amersham Medical Systems dénommée Cathnet-Science, au motif que, à la suite de la découverte de photos érotiques dans un tiroir de son bureau, il avait été procédé à une recherche sur le disque dur de son ordinateur qui avait permis de trouver un ensemble de dossiers totalement

jugeant au contraire que les documents détenus par un salarié dans l'entreprise sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf s'il les identifie comme personnels, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors de sa présence⁴³. Et l'article 259-2 du code civil⁴⁴ dispose que, dans l'instance en divorce pour faute, le constat d'adultère par huissier auquel il a été procédé régulièrement sur autorisation judiciaire en vue de préconstituer la preuve de l'obligation de fidélité par un époux au domicile (...) ne saurait constituer une atteinte illicite à la vie privée.

Hormis les cas où la loi impose ou autorise des divulgations dans l'intérêt de la personne, « la mission du droit et de la jurisprudence est de tracer la frontière incertaine et mouvante entre ce qui appartient au domaine du public et doit donc être publié et ce qui relève du privé, voire du secret »⁴⁵. Dans l'équilibre entre le droit au respect de la vie privée et le droit du public à l'information, la jurisprudence traduit une évolution plus favorable à la liberté de la presse qu'à la protection de l'intimité individuelle et familiale. Ainsi, s'agissant d'événements d'actualité survenus dans un lieu public où les personnes figurent accessoirement, les nécessités objectives de l'information sur une question d'intérêt général justifient que certains faits privés soient révélés sans le consentement des intéressés. Désormais, « la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »⁴⁶. De fait, les accidents, les crimes aussi, sont des circonstances justifiant le passage de faits personnels ou aspects de la vie privée de personnalités dans le domaine public. Le concept de dignité humaine marque la limite de la liberté de la presse et du droit du public à l'information d'actualité. Dans l'affaire de l'assassinat du préfet Érignac dont une photographie représentant distinctement le visage et le corps gisant sur la chaussée d'une rue à Ajaccio avait été publiée dans les hebdomadaires Paris-Match et VSD, la cour d'appel de Paris a ordonné l'insertion d'un communiqué faisant état de l'atteinte à l'intimité de la vie privée de la famille du fait de la publication et la Cour de cassation a jugé la photographie attentatoire à la dignité humaine⁴⁷.

Face au droit de critique historique, le droit à l'oubli ne permet pas d'empêcher la redivulgence d'éléments

étrangers à ses fonctions figurant notamment sous un fichier intitulé « perso », alors que l'ouverture des fichiers personnels, effectuée hors la présence de l'intéressé, n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier.

⁴³ Cour de cassation, Chambre Sociale, 18 octobre 2006

⁴⁴ Article 259-2 alinéa 1 : Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée.

⁴⁵ B. Frydman, La transparence, un concept opaque, Journal des tribunaux 2007/6265 p. 300-301.

⁴⁶ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 20 février 2001. L'attendu de principe est posé à propos de la publication, par l'hebdomadaire " Paris-Match ", d'une photographie de la victime, lors de l'attentat survenu le 25 juillet 1995, à Paris à la station Saint-Michel du RER . Or, dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence, la photographie ne portait pas atteinte à la **dignité** de la personne représentée.

⁴⁷ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 20 décembre 2000, Vie privée et nécessités de l'information, note critique J. Hauser, Revue Trim. De Droit Civil 2001, p. 239.

personnels et intimes dont la publication est justifiée par un intérêt légitime. Ainsi, il est possible de revenir sur les comptes rendus de débats judiciaires de faits licitement révélés à cette occasion. Quant au débat portant sur la liberté de création et l'utilisation de données intimes dans des œuvres littéraires, il resurgit épisodiquement à propos d'affaires dont les médias se repaissent. Par le procédé de l'autofiction, l'écrivain choisit librement de dévoiler son intimité. Il arrive aussi que des personnes jouissant d'une notoriété se voient transformées contre leur gré en personnages dans des romans où les événements réels sont présentés comme fictifs - ainsi dans le récit-roman « Sévère » inspiré par le meurtre du banquier Édouard Stern trouvé dans une mise en scène sado-masochiste en 2005 à Genève. À la suite de l'assignation en justice de l'auteur, Régis Jauffret, par la famille de la victime, une dizaine d'écrivains dénoncent la censure et un « crime contre l'esprit »⁴⁸. En justice, l'atteinte est avérée et donne lieu à réparation à la double condition que la personne soit identifiable et reconnaissable et que les propos du texte lui soient moralement préjudiciables.

L'affaire opposant Camille Laurens qui a écrit un livre sur son deuil maternel⁴⁹ et Marie Darrieussecq qui, huit ans après chez le même éditeur, en publie un autre dans lequel elle imagine la mort de son fils⁵⁰ montre comment, dans le contexte de la « vie littéraire », la frontière entre intimité et publicité est brouillée. Deux ouvrages ayant pour propos identique un drame intime – narré par la première qui s'est exposée, imaginé par la seconde qui s'en est inspirée – opposent les auteures. Le contentieux est déporté vers la question d'un plagiat que sa « victime » - ne pouvant dénoncer une atteinte à son intimité – qualifie significativement de « psychique ». Or il n'y a pas d'autre propriété littéraire que le droit d'interdire la reprise, même en court extrait, de la forme ou formulation originale, composition personnelle et textuelle, dont un auteur revêt des faits, événements ou thèmes qui, à l'instar des idées, d'œuvres tombées dans le domaine public, du folklore et de l'information, constituent un fonds commun ouvert à tous usages⁵¹. On voit là que, tragédie intimement vécue ou fantasmée, l'intime fait recette. Et sans doute la vie privée de personnalités politiques, largement mise en scène médiatique, fait-elle écran à la chose publique. Aujourd'hui toutefois, en droit français, avec l'assentiment sinon la clairvoyance et parfois la complaisance des intéressés, sans violation, sans détournement ni atteinte à la dignité, de « l'intime » - qui alors n'en est plus ! - peut licitement être offert à la satisfaction d'un public curieux ou voyeur pour le profit d'entreprises d'édition de presse et audiovisuelle. Dans la réalité sociale comme dans la fiction, la démarcation entre personne et personnage reste, du moins pour sa part, l'affaire de chacun. Différencier l'individualité et les choses, préserver l'humain de la marchandisation en sont aussi les enjeux.

⁴⁸ P. Assouline, Entre enquête et fantasmes de l'auteur, Le Monde 14 janvier 2011. Selon le journaliste, la famille cherche à interdire la cession des droits d'adaptation cinématographique à un producteur en vue de la réalisation d'un film.

⁴⁹ C. Laurens, Philippe, POL, 1995.

⁵⁰ M. Darrieussecq, Tom est mort, POL, 2007.

⁵¹ Sous réserve, pour les œuvres du domaine public, de dénaturation et d'atteinte au droit moral imprescriptible au respect de l'œuvre et à la paternité des auteurs.