HAL
open science

Droit à l'image en matière d'internet et de réseaux sociaux

Martine Barré-Pépin

To cite this version:

Martine Barré-Pépin. Droit à l'image en matière d'internet et de réseaux sociaux. Droit à l'image, Centre Régional De Documentation Pédagogique De Bourgogne (CRDP), Jan 2012, Dijon, France. hal-01703966

HAL Id: hal-01703966

https://hal.science/hal-01703966v1

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.

DROIT À L'IMAGE EN MATIÈRE D'INTERNET ET DE RÉSEAUX SOCIAUX

Preprint - Par Martine Barré-Pépin, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Bourgogne, membre du CREDESPO, enseigne à la Faculté de droit de Dijon le Droit des biens, les Propriétés intellectuelles et le « Droit du logement » dans la Licence professionnelle Gestionnaire de l'habitat locatif et de l'habitat social. Elle a assuré plusieurs années le séminaire « Protection des personnes » du Master 2 Multimédia/Informatique à l'université Panthéon-Assas (Paris 2).

Formation des personnels d'encadrement de l'académie de Dijon, mercredi 25 Janvier 2012 – CRDP

- Avocat Fédération des ASL - Autonomes de Solidarité Laïque = Protection de la Vie privée
http://www.juriecole.fr/categories/internet-reseaux
- Dominique GALYE, CLEMI/Centre d'Éducation aux Medias de l'École = Usages citoyens du Web
http://www.clemidijon.org/

L'objet de mon intervention est 1/ d'inventorier les dispositions/sanctions juridiques applicables ; 2/ d'expliciter les notions permettant la qualification de faits. Différents textes et dispositifs juridiques permettent de prévenir - et de lutter contre - les atteintes aux individus en particulier les atteintes au « droit au respect de la vie privée de chacun », tel qu'énoncé à l'article 9 du code civil et dont le droit à l'image constitue un aspect essentiel ; et contre les atteintes à l'honneur et à la réputation, injures et diffamations visées et réprimées comme délits de presse par la loi toujours en vigueur de juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Les droits à l'image, au respect de la vie privée et familiale, à l'honneur et à la considération sont des attributs de la personnalité. Inhérents à la personnalité physique - à chaque individu, donc, capable ou représenté, ces droits intangibles et inaliénables sont hors du commerce juridique - il n'est pas possible de les monnayer ni d'y renoncer. Parmi les droits de la personnalité, le droit à l'image et au respect de la vie privée est reconnu et protégé par un texte du code civil de portée générale et des dispositions répressives du code pénal ; par des lois spéciales à des secteurs d'activité, telles la loi Informatique et libertés de janvier 1978 et la loi sur la confiance dans l'économie numérique de juin 2004 et les articles du Code des Postes et des Communications électroniques qui a été régulièrement complété au cours de l'évolution des TIC – ainsi, récemment, par l'ordonnance du 24 août 2011 transposant dans notre droit les directives européennes dites « Paquet Télécom » (N° 2009/136/CE et 2009/140/CE) renforçant la protection des consommateurs et de leurs données personnelles.

Au plan international, la Convention euro Droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fonda définit la teneur et les limites de la protection dont ces droits et libertés font l'objet, certains – tels le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information ou la liberté d'opinion - se trouvant d'ailleurs en confrontation - les nécessités de l'information d'actualité primant sur le droit d'une personne mêlée à un événement (attentat) d'empêcher la publication de sa photo ; il n'est pas rare que leur violation (par un État qui n'en assure pas le respect) soit sanctionnée par la Cour européenne de Strasbourg, directement

saisie par des victimes déboutées de leur demande de réparation auprès des juridictions nationales et ayant épuisé les voies de recours.

Pour traiter, dans son ensemble et sa diversité, la question du droit à l'image sur internet et les réseaux, j'examinerai trois aspects distincts et complémentaires, correspondant à l'évolution technique, au changement social et à l'ordre d'adoption des réformes législatives consécutives.

L'image s'entend en premier lieu et naturellement de tout cliché ou **image photographique**, photos quels qu'en soient l'objet, visage et/ou silouhette d'un individu reconnaissable, et le contexte de la prise de vue, le support et le média, imprimé, vidéo animée et/ou numérique.
Elle s'entend également de « l'**image informatique** » qu'offre – sinon malgré lui, à son insu - tout individu fiché dans de multiples fichiers privés et publics, image conforme ou non au profil recherché ou établi à partir de données personnelles identifiants dont la collecte, le traitement et la conservation sont réglementés et contrôlés par la CNIL depuis plus de 30 ans en France et en Europe.
Enfin, avec l'image stricto sensu de photos mises en ligne sur internet, des propos ou informations diffusés sur des réseaux et des opinions émises sur le web forment ensemble (ou déforment selon le parti pris, la sélection et l'usage qui en sont faits) une « **image virtuelle** » de l'intéressé échappant à tout contrôle de sa part, aussi bien dans le temps, sans possibilité d'effacement, que dans l'espace, échappant aux lois territoriales et à l'ordre public étatique.

Cette approche m'amènera à présenter d'abord les règles de portée générale *transposables d'un media à l'autre*, puis les règles spéciales - en énonçant, pour commencer, le principe fondamental (en matière de protection de l'image individuelle - du consentement de l'intéressé / son autorisation expresse et pour une utilisation déterminée) avant de pointer différentes dispositions spécifiques adoptées au fur et à mesure du développement de la société de l'information, à la fin des années 1970 avec l'informatisation des données, fichiers et bases de données, puis à la fin des années 90 avec la montée en puissance des instruments de communication électronique et l'usage banalisé du réseau global de l'internet.

<u>Deux observations à faire en avant-propos :</u>
1 - Dans l'environnement numérique et médiatique actuel, la technologie – téléphonie et internet - est qualifiée de liberticide à raison des dangers accrus d'atteintes aux personnes et de violation de leur intimité. Ces dangers sont liés au perfectionnement des techniques d'investigation et de contrôle, de

vidéosurveillance ou de reconnaissance biométrique des visages[1] ; aux empreintes génétiques ; aux services géolocalisés par véhicules ou portables ; à la traçabilité et à la collecte de données invisibles sur internet, aux pratiques de segmentation comportementale, profilage ou *scoring*, de spamming et de publicité *one to one* (ciblée à partir des données de navigation) ; (dangers liés) aux risques de divulgation et de diffusion d'informations confidentielles (privées ou sous secret d'Etat, comme l'a montré l'affaire *Wikileaks*) à l'échelle planétaire sur le réseau.

Simultanément, on assiste, sinon au renforcement de la protection légale, à son adaptation constante aux nouvelles TICE par les tribunaux.

Ex = jurisprudence sur la confidentialité des courriels dans l'entreprise[2] ; fin 2010, est rendu un jugement de licenciement pour dénigrement de salariés de l'entreprise informatique Alten qui avaient critiqué leur hiérarchie et s'étaient plaint de leurs conditions de W sur Facebook[3]) ; et la CNIL exerce sa mission (elle a infligé une amende de 100.000 € à Google pour avoir collecté irrégulièrement des DP en mettant en place *Google Street View,* son service de cartographie interactive).

2 - Le contexte économique libéral et global dans lequel s'inscrit le changement et des moyens de communication et des usages et comportements qui en dépendent est particulièrement propice à l'échange marchand d'éléments de la vie personnelle. Le nom, l'effigie, l'histoire intime sont des actifs immatériels d'entreprises – les principaux éléments comptables des fonds de commerce de la presse people, de certaines productions audiovisuelles et du show business, du merchandising et de la publicité ; ainsi, le commerce national ou même mondial de la notoriété des personnalités des sphères politiques, sportives et artistiques repose-t-il sur l'exploitation de leur image photographique et l'exercice des droits de la personnalité des individus visés.

---

[1] De nombreux établissements scolaires ont recours à des systèmes de vidéoprotection ; et plus de 400 d'entre eux à des systèmes de reconnaissance biométrique à l'entrée des cantines (CNIL, Sensibiliser les jeunes et les professionnels de l'éducation aux bonnes pratiques sur internet afin de favoriser une instruction «civico-numérique, 31ème rapport 2010 p. 31).

[2] = T.corr. Paris 2/11/2000 : "*l'envoi de messages électroniques de personne à personne constitue une correspondance privée*", cybersurveillance - secret des correspondance et confidentialité des e-mails- a fait l'objet d'importantes décisions :

Cass. Soc. 2/10/2001 : "*le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, l'employeur ne peut dès lors sans violer cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages émis et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas om l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur*".

[3] C. Prud'hommes Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010 : *« propos échangés sur un site social ouvert ; la page mentionnant les propos incriminés constitue un moyen de preuve licite du caractère bien-fondé du licenciement ; les salariés ne peuvent pas impunément critiquer ou avoir des propos injurieux ou diffamatoires à l'égard de leurs employeurs »*

I – LE DROIT À L'IMAGE, ATTRIBUT DE LA PERSONNALITÉ

Il présente une double composante, d'abord extra-patrimoniale, morale : c'est le droit de refuser d'être photographié et a fortiori de laisser publier sa photo ou des éléments intimes ou d'ordre privé, d'autre part, patrimoniale - au sens d'élément évaluable en argent entrant dans la composition du patrimoine propre à chaque personne phys./morale : comme évoqué en avant-propos, c'est le droit d'aménager contractuellement l'exploitation de son image ; ainsi, l'image de marque de sociétés commerciales ou des groupements qui ont la personnalité morale juridique comporte cette seule dimension.

Le droit moral à l'image, attribut de la personne qui seul nous occupe ici est civilement et pénalement protégé. Aussi, après avoir présenté les fondements de ce droit, en verrai-je les modalités d'exercice.

A/ Les fondements de la protection du droit à l'image : au civil, l'affirmation du droit au respect de la vie privée et, au pénal, la répression d'atteintes à l'intimité perpétrées dans des lieux privés à l'aide d'appareils d'écoute et d'enregistrements

1/ Les victimes d'atteintes se sont longtemps vu reconnaître un droit à réparation sur le fondement du code (art. 1382) et de la responsabilité civile ; il leur incombait alors de prouver la faute de l'auteur de l'atteinte pour que soit mise en jeu sa responsabilité et obtenir qu'il soit condamné à des DI.

Puis la loi du 17 juillet 1970 « *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens* » a introduit la règle cardinale de l'article 9 du code civil que "*chacun a droit au respect de sa vie privée*" : c'est sur ce fondement que sont poursuives les publications de photographies ou informations d'ordre privé qui n'ont pas été expressément autorisées.

Dès lors, le principe que "*toute personne a un droit absolu et exclusif sur son image et l'utilisation qui est faite de celle-ci*", quelque soit la manière (caricatures, sosies, santons) dont elle est représentée est constamment réaffirmé par les juridictions saisies. *« Selon l'article 9 du code civil,* juge la Cour de cassation (Civ.1, 16 juillet 1998), *chacun a droit de s'opposer à la représentation de son image ; et l'utilisation, dans un sens volontairement dévalorisant, de l'image d'une personne justifie que soient prises toutes mesures propres à faire cesser l'atteinte ainsi portée aux droits de la personne* ».

L'alinéa 2 de l'article 9 permet en effet au Président du TGI de prendre en urgence des mesures préventives et curatives de retrait ou saisies pour *"empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée".*

NB - De telles mesures ne peuvent être ordonnées en référé qu'au cas où une intrusion dans la vie privée porte atteinte à l'intimité de celle-ci, et non, ainsi que jugé par la cour e cassation (1ère Chambre civile, 4 octobre 1989), *« lorsqu'il s'agit de renseignements d'ordre purement patrimonial exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé ».*

Le droit à l'image est ainsi compris dans le DRVP et l'action en référé est accueillie par les tribunaux pour toute sorte d'atteinte aux droits de la personnalité ; qualifié de "matrice des droits de la personnalité", l'article 9 – dans sa rédaction univoque restrictive - est souvent invoqué pour diverses atteintes à l'image, à l'identité, au corps….

Et les tribunaux font une large application de la notion incluant la tranquillité et la dignité, ainsi s'agissant des clichés reproduisant l'intérieur d'un logement pris par un bailleur social chargé d'exécuter des travaux de salubrité qui voulait établir l'état de désordre dans les locaux loués et la faute des locataires[4]….

Ce fondement a été retenu à propos de l'usurpation d'identité de l'acteur Omar Sy par un internaute qui avait créé sur Facebook un faux profil en utilisant l'identité du comédien et mis en ligne des clichés assortis de commentaires qui lui étaient faussement prêtés ; selon (les termes de) l'ordonnance de référé du 24 nov. 2010 du TGI de Paris, « la mise en ligne constituait un avatar qui parasitait sa vie privée ».

A noter l'acception et la portée encore plus larges conférée à l'article 8 alinéa 1 de la Convention européenne des Droits de l'homme du 4 novembre 1950 (ratifiée par la France le 3 mai 1974) : *"Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance".* La Cour européenne mettant à la charge des États des obligations environnementales d'assurer les conditions de vie et d'habitation qui ne soient pas gravement polluées et comme telles jugées attentatoires à la vie familiale.

2/ Au pénal, l'atteinte à l'intimité de la vie privée est autrement réprimée à raison des procédés utilisés.

Prenant en compte le phénomène des écoutes téléphoniques, la même loi de juillet 1970 a érigé en délit pénal les procédés d'écoute et d'enregistrement clandestins portant atteinte à l'intimité de la vie privée ; l'exploitation des enregistrements et documents obtenus par les agissements visés ; et aussi les montages réalisés avec les paroles ou images (= opérations de truquage, dénaturation, addition ou suppression).

+ L'art. 226-1 prévoit deux délits d'espionnage de la vie privée : 1° - la captation, l'enregistrement

[4] Déboutés de leur demande de DI contre la société HLM au motif que les photographies litigieuses, d'une part, en ce qu'elles représentent seulement les pièces du logement, c'est-à-dire des biens, ne constituent pas un élément de personnalité et ne peuvent bénéficier d'un droit à l'image, et d'autre part que, communiquées exclusivement, dans un contexte procédural, à des personnes tenues au secret professionnel, elles n'ont jamais fait l'objet d'une quelconque diffusion publique, la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 novembre 2006 censure au visa – pour violation - de l'article 9 en jugeant que *« le droit de chacun au respect de la vie privée s'étend à la présentation interne des locaux constituant le cadre de son habitat et que l'utilisation des photographies qui en sont prises demeure soumise à l'autorisation de la personne concernée »* .

ou la transmission de paroles prononcées à titre confidentiel ou privé dans un lieu privé

2° - la fixation, l'enregistrement ou la transmission de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé

Commenté [MP1]:

Cette notion de lieu privé a été et reste largement comprise par les tribunaux, y compris dans l'entreprise : sont ainsi qualifiés de privés, les *lieux de travail pendant des heures non ouvrables ; ateliers et bureaux équipés d'un réseau dont un poste installé dans une cantine ; foyer de jeunes travailleurs ;* aussi, la *salle de fouille d'un commissariat de police (TGI Paris 25 mai 83)*

Installations de micros ou caméras dans des vestiaires, des salles de repos…

L'atteinte à la représentation de la personne (Art.226-8&9) consiste en l'altération de la personnalité par la publication d'un montage réalisé avec les paroles ou images d'une personne sans son consentement.

L'atteinte civile au respect de la vie privée ou même pénale à l'intimité de la vie privée ne se confond pas avec l'atteinte à l'honneur constituée par l'injure ou la diffamation : il est fréquent que des divulgations de la vie privée et d'images poursuivies sur le fondement de l'article 9 (à des fins de réparation civile) soient requalifiées en délits de diffamation ou d'injures (au sens des articles 29 al.1 et 32 de la loi du 29 juillet 1981 relative à la liberté de la presse quoique). Or ces délits obéissent à un régime procédural spécial favorable au libre exercice de la presse et à une très courte prescription de l'action publique (à compter de la mise à disposition du public) qui les rendent très difficilement répréhensibles, en dehors des actions intentées contre des organes de presse écrite ou électronique.

Pour autant, tout ce qui n'est pas de la correspondance privée est une publication relevant du droit de la presse applicable aux medias AV et à l'internet de sorte que la diffusion de propos injurieux ou infamants sur des sites ou des blogs est bien un délit de presse passible de peines d'amendes de 12 000à 45 000 €.

NB Art.35 quater de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse introduit par la loi 2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes : « *la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 100 000 F d'amende* ».

Parmi les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques" l'enregistrement de DCP dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée visée à l'article 226-22 du code pénal peut servir de fondement à la poursuite et à la répression d'actes de harcèlement numérique.

B/ L'exercice du droit à l'image : l'exigence du consentement exprès – écrit formel - et spécial - limité à des utilisations déterminées - de l'intéressé

Le droit à l'image et au respect de la VP est un droit discrétionnaire, inaliénable et imprescriptible : c'est la faculté pour chaque individu de garder secrets des faits, les représentations de lui ou informations le concernant qu'il considère personnels ; leur publication ou leur révélation requièrent son consentement. Pratiquement, toute personne a un droit de regard sur les conditions d'utilisation des photos, données ou renseignements la concernant. C'est ainsi qu'elle maîtrise les utilisations de son image et contrôle le respect de sa réputation.

Et, pour être effectif et valable, ce consentement doit présenter deux caractères.

Il doit être exprès : l'autorisation de l'intéressé doit être exprimée formellement, par écrit. Il ne peut pas être tacite, excepté s'il s'agit d'une personne exerçant une activité publique présumée consentir à être prise en photo lors des manifestations et évènements publics et à la publication de son image dans le même contexte – en relation avec l'activité professionnelle publique ; par conséquent l'éditeur d'un magazine ou d'une plaquette pédagogique doit vérifier l'existence et la portée de l'autorisation sans se contenter d'une simple déclaration du photographe. A fortiori, quiconque se prévaut du droit d'exploiter un aspect de la personnalité doit prouver le consentement du sujet, toujours donné pour un usage particulier.

Le consentement est spécial : l'autorisation donnée n'est jamais générale ni définitive :

1/ l'autorisation est donnée dans un but déterminé précis (pour figurer sur un bulletin d'information et non à des fins publicitaires) ; sa portée est limitée à une ou +ieurs utilisations spécifiées et la publication ne doit pas être détournée (photo de classe utilisée dans une campagne électorale ou pour illustrer un document). Le fait de se servir de la photographie d'une personne dans un but autre que celui pour lequel elle a été d'abord consentie, les commentaires peuvent constituer l'atteinte d'une publication autorisée par ailleurs[5].

2/ L'autorisation ne permet pas une redivulgation ultérieure. C'est la question, reposée dans le contexte de l'internet, du **« droit à l'oubli ».** Des organes de presse imprimée ou électronique ne peuvent se prévaloir d'une tolérance ni de la complaisance passée de la part des personnes visées.

Même si l'attitude de l'intéressé n'est pas sans conséquence (la provocation passée, le fait de s'être « livré en pâture au public » influent sur l'évaluation du préjudice et le montant de la réparation).

Le consentement n'est jamais acquis une fois pour toutes ni définitif et les conventions d'exploitation des éléments de la notoriété de personnalités sont caractérisées par leur précarité.

Conclusion : chaque individu a théoriquement la maîtrise des utilisations faites des informations et images de sa personne ; le bénéficiaire de l'autorisation, quant à lui, doit en respecter les termes,

[5] Multiples exemples : photo d'un couple illustrant un poème de Prévert puis un article sur la prostitution ; gardiens de la paix diffamés ; photo d'une avocate dans la salle des pas perdus illustrant un article sévère sur les avocats, TGI Paris 27 mars 1981.

durée&conditions et modalités d'utilisation. Sans détournement de la finalité de l'usage ni dénaturation de l'image autorisés

II – L'IMAGE NUMÉRISÉE ET LA RÉGLEMENTATION DES DONNÉES PERSONNELLES

La photo ou vidéo d'une personne, dès lors qu'elle est numérisée et conservée en mémoire, est une donnée à caractère personnel. Toutes sortes d'informations, l'adresse et la profession, permettant l'identification d'un individu sont des données personnelles dont la collecte et la conservation dans des fichiers ou banques font l'objet d'un contrôle et d'une réglementation. Leur traitement informatique permet en effet de dresser des portraits de l'intéressé, de repérer les lieux où il se trouve et de le suivre dans ses déplacements, d'analyser ses comportements de consommateur, de vérifier s'il est un bon candidat au crédit ou non parce qu'il figure sur la « liste noire » d'un professionnel.
À l'origine, la législation prenait en compte les risques liés au fichage par l'administration dans des grands fichiers nationaux, et à leur interconnexion.
Aujourd'hui, on assiste à l'enregistrement massif de données concernant la vie privée, les habitudes, goûts et opinions de particuliers et au commerce de BD comportementales, dans les secteurs bancaire, médical, de l'assurance et du marketing direct, de l'emploi, par la police et en général dans les télécommunications ; avec des risques d'intrusions grâce à des systèmes de surveillance, de traçabilité et de ciblage personnalisé, de divulgation et de diffusion et donc d'atteintes dans le monde entier.

En France sous l'égide de la CNIL, un dispositif très élaboré de contrôle préalable, d'information du public, d'avertissements et recommandations aux opérateurs privés et services publics fonctionne depuis plus de 30 ans. Le rapport annuel décrit son action auprès des organismes qu'elle a contrôlés – classés par secteurs d'activité (associatif, assurance, banque, collectivités locales, communications électroniques, éducation, …. immobilier, industrie, santé/social, police/justice, sport et transport). *Le dernier (31ème) rapport pour 2010 traite (pp. 31/35) de la priorité pour la CNIL de « sensibiliser les jeunes et les professionnels de l'éducation aux bonnes pratiques sur internet afin de favoriser une instruction «civico-numérique».* Il y est précisément question d'une « nouvelle forme de harcèlement scolaire, le harcèlement numérique » (Enquêtes et Rapport Debarbieux d'avril 2011). **Renvoi aux rubriques de son site dédiées ……**
En Europe, la Directive CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, par son intitulé, nous renseigne sur la nature marchande des données constitués en banques et fichiers échangés comme d'autres biens dont le commerce ne doit pas être entravé par des barrières tenant aux différences de législation des États membres. Ainsi, un certain nombre de principes directeurs uniformes (A), applicables aux activités de fichage et commerce des données dans tout l'EEE, sont-ils transposés dans les législations des Étas membres, en France depuis la loi du 6 août 2004. D'autre part, les intéressés,

personnes fichées à l'occasion de l'ouverture d'un compte en banque ou d'une connexion sur internet, ont des droits d'accès, d'opposition et de rectification ; cependant, le mode d'exercice de leur consentement varie suivant la nature des données les concernant recueillies ou captées (B).

A/ Nature marchande des données à caractère personnel et principes directeurs de la réglementation

Des principes cardinaux et obligations qui s'y attachent doivent être respectés par les opérateurs et services responsables de fichiers. Cux-ci peuvent être poursuivis condamnés en cas d'atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques (A. 226-16à24).

Il s'agit en premier lieu de la loyauté dans la collecte, avec pour corollaire une obligation d'information des intéressés sur l'objet et la finalité du traitement des données qu'ils fournissent et, dans certains cas d'exception seulement (v. infra), de recueillir leur consentement exprès ; en second lieu, de la sécurité (par la prise de mesures de précaution dans la conservation) et de la confidentialité (en veillant à la non divulgation et organisant le secret) ; enfin, de finalité dans l'utilisation – ce qui impose la qualité (mise à jour) et la proportionnalité des informations traitées compte tenu de l'objet du traitement, l'effacement des données au terme de la durée nécessaire, et surtout des utilisations conformes aux finalités déclarées ou autorisées par la CNIL ; le détournement est passible de 5 ans d'emprnt et 300 000 € d'amende (A.226-21).

Dans le contexte du commerce électronique via le réseau global transnational, la question de la diffusion de DP vers des pays non pourvus d'une protection équivalente (à celle prévue par une Convention (N°108) du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981) ou adéquate - conforme à l'article 27 de la Directive CE de 1995 - pose en pratique la question de la loi applicable. Pour les sites sociaux, il s'agit le plus souvent de la loi d'États américains dans lesquels la protection des personnes n'est pas conçue comme un droit de citoyen ni comme un droit de la personnalité inaliénable. De sorte que selon la formule *« privacy is our/your business»* - la vie privée est notre/votre affaire, le droit au respect de la vie privée peut faire l'objet d'une renonciation, l'image d'une négociation, les goûts et opinions personnels d'accords entre les entreprises et leurs clients, moyennant rétributions, avantages commerciaux et contreparties.

Aussi, cette protection fait-elle d'ailleurs l'objet des travaux du Groupe G29, de l'article 29 de la Directive qui l'a institué, qui ont abouti à la conclusion de l'Accord *Safe Harbor principles* avec la Federal Trade Commission et à l'élaboration de contrats-types de transfert, modèles pour les entreprises à l'impor/export.

B/ Les droits des intéressés et les modalités d'exercice du consentement au recueil (opt-out et opt-in)

On a vu quel rôle majeur jouait le consentement dans la divulgation de l'image et d'éléments personnels confidentiels, pour l'exercice effectif du droit de chacun au respect de sa vie privée ; en droit, c'est l'exercice d'une liberté individuelle qui passe par la manifestation de la volonté. Cependant la règle jurisprudentielle que « *toute personne, anonyme ou publique, est entièrement libre de permettre la publication de faits relatifs à sa VP* » n'a pas court dans le cadre de la libre

entreprise et la constitution de fichiers. La libre circulation, le transfert des données et le commerce de fichiers de personnes sont licites sous réserve du respect de la réglementation protectrice d'ordre public, des principes évoqués, des formalités de contrôle et des droits conférés (ou concédés ?) aux intéressés par la loi.

Ce sont, avec les droits d'accès, de suppression et de rectification, le droit de d'opposer pour un motif légitime à la collecte de ses données. Ainsi, tandis que la captation de leur image et la publication de renseignements privés requièrent leur consentement exprès, la non-opposition au recueil loyal de leurs données suffit, sans que les intéressés aient la maîtrise des usages ni les moyens de contrôler que la finalité du traitement dont ils doivent tout de même être informés est respectée.

Pour les données ordinaires, les intéressés ont un simple droit d'opposition et les modalités de recueil du consentement sont libres à la condition toutefois que le consentement soit libre, spécifique et informé. Comme si les opérateurs bénéficiaient d'une présomption d'autorisation de la part des clients et usagers.

En revanche, pour les **données sensibles**[6] relatives aux origines raciales ou ethniques, opinions philosophiques, politiques, syndicales, religieuses, à la vie sexuelle ou à la santé des personnes dont, par principe, la collecte et la conservation sont interdites – il y a quelques exceptions spécifiées par la loi - le consentement doit être exprès et il faut l'autorisation formelle de la part de l'intéressé. C'est sur le fondement de la prohibition de la mise en mémoire de données sensibles (Art. 226-19) que, par jugement du 3 septembre 1997, le TGI de Privas a condamné la diffusion de la photo d'Estelle Haliday nue sur le réseau internet.

En ligne, sur internet, il existe deux modes différents de recueil de renseignements personnels, l'opt-out et l'opt-in ou double clic[7] : dans le premier système, qui correspond au droit d'opposition, l'inscription de l'internaute au service ou à une liste de diffusion est activée par défaut, automatique, son accord est implicite ; tandis qu'avec le second, il est invité à cocher une case pour que son adresse puisse être

[6] Leur traitement qui doit être justifié par l'intérêt public et il nécessite, à l'instar du traitement des données biométriques (empreintes digitales, contour de la main, iris de l'œil, etc.), génétiques (ADN), des infractions, condamnations et mesures de sûreté, du NIR ou N° de sécurité sociale et des appréciations (commentaires, observations) sur les difficultés sociales des personnes, une autorisation préalable de la CNIL et les données traitées sont anonymisées à bref délai.

[7] Manière dont sont collectées les données personnelles (en particulier des adresses électroniques) des internautes. On distingue quatre possibilités d'inscription d'un internaute à une liste de diffusion. Dans la liste qui suit, la liberté de choix de l'internaute est de plus en plus réduite. 1/ L'opt-in actif : l'internaute doit volontairement cocher une case ou faire défiler un menu déroulant pour que son adresse (ou d'autres données) soient utilisées ultérieurement à des fins commerciales. 2/ L'opt-in passif : une case est déjà précochée ou un menu déroulant déjà positionné sur oui (à la question voulez-vous recevoir des sollicitations ultérieures ?). Avec l'opt-in, l'accord de l'internaute est explicite. 3/ L'opt-out actif : Il faut cocher une case ou sélectionner un menu déroulant pour ne pas recevoir de message ultérieurement. On considère l'accord de l'internaute comme acquis par défaut, comme implicite. 4/ L'opt-out passif : en s'inscrivant à un service, l'internaute est automatiquement inscrit à une liste de diffusion sans qu'il ait la possibilité de changer cela au moment de l'inscription. La désinscription ne peut se faire qu'après l'inscription. L'accord de l'internaute est demandé a posteriori.

utilisée. Il en va ainsi des données d'opinions, images et propos relevant de l'intimité. ?????

Il en va également toujours des données pouvant être utilisées à des fins commerciales. Le recueil du consentement préalable des personnes est en effet exigé pour les messages commerciaux destinés à des particuliers (« B to C »).

L'ordonnance du 24 août 2011 (transposant les Directives Paquet Télécom) modifie le code des P & Com.él. (Art. L34-5) étend le système de l'*opt-in* jusqu'alors réservé à la prospection commerciale par des automates d'appel et courriers électroniques à toutes les utilisations de cookies (infos déposées sur le terminal d'un abonné) permettant de connaître les sites consultés par l'utilisateur. Désormais, il faut le consentement préalable de l'abonné en ligne.

Une étude récente de la Commission europ rêvéle que deux sites de socialisation seulement (My Space et Bebo) sont paramétrés par défaut pr que les profils des mineurs ne soient accessibles qu'aux personnes figurant sur leur liste approuvée et quatre (Netlog, ShelerVZ) pour qu'ils ne puissent être contactés que par leurs amis.

III – L'IMAGE VIRTUELLE ET LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

Tous les sites internet sont des « services de communication au public en ligne» au sens de la LCEN. Seule la messagerie électronique privée reste couverte par le secret des correspondances, l'envoi de messages à des destinataires non liés par une communauté d'intérêt pouvant néanmoins constituer une publication. Et il est impossible de contrôler la destination des informations et images diffusées sur internet.

Deux questions 1/ Quels sites et usages des services de l'internet relèvent-ils de la correspondance privée ou qu'est-ce qui constitue une publication de contenus soumise au droit de la presse, engageant la responsabilité éditoriale, mais aussi civile et pénale, de son auteur - au sens d'éditeur/émetteur ?

2/ La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) dont l'article 1 affirme que la communication au public par voie électronique est libre, conformément aux principes de liberté de la presse (loi de 1881) et de la communication AV (loi du 30 sept. 1986) a institué un régime spécial de responsabilité des prestataires techniques. Il permet aux victimes d'atteintes de se tourner vers les hébergeurs, voire les fournisseurs d'accès pour leur signaler des contenus illicites. Avec l'usage des pseudonymes, il est en effet difficile d'identifier l'éditeur d'une photo ou de propos dommageables. Aussi, en attendant ou à défaut d'obtenir réparation de la part des auteurs d'atteintes aux personnes ou aux biens, il est possible de demander le retrait de pages, images et données litigieuses. C'est une manière d'ailleurs un moyen d'exercer son « droit à l'oubli ». Des serveurs peuvent être condamnés à fermer l'accès à ces sites.

A/ Le caractère public ou privé des sites, messageries, blogs, réseaux

Le Forum des droits sur internet, instance rattachée au Min de l'intérieur dissoute en décembre 2010 après 10 ans d'activité, affirme dans une Brochure de 2005 « Je blogue tranquille », éditée sur son site que le blog «est un outil de publication qui projette son auteur sur la place publique avec toutes ses conséquences».

La LCEN précise par ailleurs que le blogueur, comme tout éditeur de site, doit s'identifier auprès du public. Si la règle s'impose aux professionnels, en revanche pour les particuliers qui souhaitent conserver un minimum d'anonymat, par le biais d'un pseudo par exemple, la mention et les coordonnées de l'hébergeur du blog peuvent suffire.

Les blogs ou sites personnels « sont (aussi) des traitements de données personnelles qui doivent être déclarés à la Cnil, ce que la plupart des internautes l'ignorent ». Devant la popularité des blogs et « le faible enjeu d'une formalité administrative dans ce domaine », la Commission a décidé de dispenser ces sites de déclaration. Il s'agit d'une recommandation de novembre 2005, (publiée en janvier 2006)[8].

[8] L'application de la LCEN, et plus précisément du statut d'hébergeur, n'est pas exclusive de celle de la loi Informatique et libertés. Par un arrêt du 15 décembre 2011, la cour d'appel de Montpellier a estimé que la personne intervenant sous pseudonyme sur un forum de discussion était en droit de demander à l'hébergeur la suppression de ses nom et prénom, en se fondant sur la loi du 6 janvier 1978.

Elle a ainsi infirmé l'ordonnance de référé du TGI de Béziers rendue le 8 avril 2011 qui avait affirmé qu'en dehors des cas manifestement illicites, l'hébergeur ne devait pas se substituer au juge.

Dans cette affaire, un internaute se plaignait de la révélation à son insu de son identité véritable sur un forum de discussion sur lequel il intervenait sous pseudonyme. Son nom y était associé à des allégations vraies ou supposées de sa vie privée et à des affirmations diffamatoires, facilement accessibles via les moteurs de recherche. Pour la cour, la révélation de l'identité de cette personne et les faits associés sont de nature à constituer une atteinte à l'intimité de sa vie privée.

Les principes de base sont applicables aux forums et aux réseaux sociaux ouverts qualifiés de systèmes de publication. Or, si la communication au public par voie électronique et libre, les contenus édités ne doivent pas être illicites et ils intéressent la CNIL dans la mesure où ils servent à capturer des données personnelles.

- Sites, blogs et réseaux, il est nécessaire d'obtenir l'accord de toute personne dont des informations ou photos la concernant sont publiées. Par la suite, de respecter son droit d'opposition à cette diffusion.
- « Les données dites sensibles, sur la santé, les orientations sexuelles ou politiques par exemple, n'ont pas à être diffusées à partir d'un site internet ».
- Et la « diffusion d'images de mineurs ne peut s'effectuer qu'avec leur accord et l'autorisation expresse des parents ou du responsable légal ».

La CNIL conseille ainsi à ceux qui créent des sites personnels dans le cadre du cercle familial ou amical «de mettre en place un accès restreint » pour ces pages, afin que seules les personnes concernées puissent les consulter. Ainsi lorsque le blog ou le site est ouvert pour partager les photos d'un événement, mariage ou anniversaire. La recommandation vaut en particulier pour les images qui mettent en scène des mineurs, « en raison des risques de captation» de ce type de contenus.

B/ Contenus illicites : régime des responsabilités des prestataires techniques sur internet – procédures

Les prestataires techniques sont les fournisseurs d'accès au réseau (FAI), les serveurs, dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne (Art. 6/I-1) et les fournisseurs d'hébergement qui assurent le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature apportés par des destinataires de ces services (ainsi, hébergent des pages personnelles) Art. 6/I-2) – ils ne sont pas producteurs AV[9] et se différencient des fournisseurs de contenus ou éditeurs.

Exonérés par la loi de toute responsabilité directe sur les contenus[10] (Art. 6-I-7), ils ne sont soumis à aucune obligation générale de surveillance des sites et informations qu'ils transmettent ou stockent. Risques de censure privée et technique.

En revanche, ils ont l'obligation de permettre l'identification des auteurs qu'il faut poursuivre (A.6/I-7) et de signaler les activités illicites et infractions dont ils acquièrent connaissance (A.6/II).

Leur responsabilité civile (+pénale - A.6/I-3) ne peut être engagée que dans les cas où ils sont à l'origine de

[9] Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle Article 93-3 (modifié par loi du 12 juin 2009, Art. 27
Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.
A défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal.
Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice.
Pourra également être poursuivi comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du code pénal sera applicable.
Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message.

[10] Les dispositions de la loi 1er août 2000 qui avaient mis en place une responsabilité spécifique des fournisseur d'hébergement sur le fondement de l'art.1383 (faute de négligence, non information préalable, non contrôle, inaction à l'égard des sites hébergés) a été censurée par Décision du Conseil C du 27 juillet.

la demande de transmission litigieuse ou lorsqu'ils ont sélectionné ou modifié les contenus faisant l'objet de la transmission ».

Les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité civile (article 6-I-2°) engagée du fait des activités ou des informations stockées si ils n'avaient pas connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont fait le nécessaire pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ; idem pour leur activité pénale (article 6-I-3°), « s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ». L'obligation de retrait ou de rendre impossible l'accès aux sites de contenus manifestement illicites leur incombe spontanément ou sur injonction du juge des référés – ils doivent procéder aux diligences appropriées.

La connaissance du caractère illicite du contenu hébergé est présumée lorsqu'est mise en œuvre la procédure de notification par description des faits litigieux, avec les motifs du retrait ;

Les sites communautaires ont été qualifiés d'hébergeurs et Facebook condamné par ordonnance de référé du TGI de Paris du 13 avril 2010 pour ne pas avoir supprimé l'image de l'évêque de Soissons publiée par un internaute sur une page intitulée « courir nu dans une église en poursuivant l'évêque », constituant une atteinte à l'image, avec un commentaire injurieux ou susceptible d'inciter à la haine ou à la violence.

Le harcèlement numérique constitue une atteinte aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements

L'art 222-16 du code pénal qui vise le harcèlement[11] téléphonique punit les appels malveillants réitérés ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui d'un an d'emprisonnement et de 15 000 €.

Le harcèlement numérique a lieu *sur les réseaux sociaux et sur les blogs où l'anonymat et l'absence de contrôle d'identité permettent aux « harceleurs » d'agir en toute impunité* : des *messages malveillants ou menaçants peuvent réclamer de l'argent pour arrêter, exiger une rencontre ou demander des informations privées. Lorsque des élèves choisissent une tête de turc parmi les profs et se liguent contre lui par réseau social interposé, il est possible de saisir la CNIL.*

De tels agissements, dans la mesure où ils impliquent la divulgation d'une information nominative ayant pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée visée à l'article 226-22 du code pénal[12], constituent une atteinte aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques passible de peines de 3 ans d'emprisonnement et de 100 000 €.

[11] Le harcèlement moral est défini à l'article 222-33-2 du Code pénal comme « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; puni des mêmes peines, il concerne les relations sur les lieux de travail.

[11] Le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende. La divulgation prévue à l'alinéa précédent est punie de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende lorsqu'elle a été commise par imprudence ou négligence.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la poursuite ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit.

Vincent Dufief (www.ecrans.fr/La vie-privee sur l'autel des réseaux sociaux).
Offrir à une personne la possibilité de communiquer à l'ensemble de son entourage (familial, personnel, professionnel…) des photographies et des informations sur un tiers, crée un canal idéal pour relayer des atteintes à la vie privée et au droit à l'image, voire des diffamations. Tel est notamment le cas de la fonctionnalité qui permet de publier des photographies de ses amis sur sa fiche : cette publication peut manifestement constituer une atteinte au droit à l'image si la personne représentée n'a pas donné son accord. Surtout, la possibilité pour un utilisateur inscrit de diffuser la photographie d'une personne non-inscrite sur le site prive celle-ci de prendre connaissance de cette publication, pourtant publique, et d'en restreindre le cas échéant la diffusion.

Muriel Cahen, Comment se défaire d'une mauvaise réputation sur internet ?
www.net-iris.fr/blog-juridique/13-murielle-cahen
En pratique, la publication d'une photographie se fait rarement avec le consentement ou après consultation de la personne représentée. Cela est notamment dû à la facilité de reproduction offerte par Internet et plus généralement par le monde numérique. Il devient donc parfaitement impossible de garder le contrôle sur son image publique sur Internet. Cela pose alors le problème de la violation du droit à l'image par les moteurs de recherche et notamment Google Images qui reproduit les photos et images trouvées sur Internet correspondant à une recherche. Les mêmes problèmes se retrouve par conséquent sur les réseaux sociaux dans la mesure où il est possible à tous de publier et de reproduire les photographies de tout un chacun.
Le danger ne réside pas dans le fait d'être inscrit sur ces réseaux sociaux mais dans celui de ne pas contrôler la divulgation de ses données personnelles et pire encore, de ne pas avoir conscience du danger. Il est donc de la responsabilité de chacun de divulguer ou non des informations personnelles sur Internet. La sensibilisation des internautes sur les risques qu'ils encourent en divulguant ce genre d'informations et sur les conséquences fâcheuses que cela peut avoir sur leur réputation s'avère indispensable. Aucune action pour atteinte à la réputation n'existant actuellement dans le droit français, la victime n'aura d'autre choix que de choisir entre une action en violation du droit au respect de la vie privée ou du droit à l'image.
Sur Internet, il n'est pas toujours facile de retrouver la trace de l'éditeur de la photo ou des propos litigieux et l'usage de pseudonymes rend difficile l'identification du responsable de l'atteinte. La loi a prévu cette éventualité et permet à la personne s'estimant victime d'une atteinte de la signaler à l'hébergeur du site litigieux. Dès lors qu'il a eu connaissance de la présence d'un contenu jugé "illicite" sur son site, l'hébergeur du site doit retirer promptement la photo ou les propos litigieux du site sous peine d'être considéré comme responsable pénalement de l'atteinte à la vie privée et au droit à l'image [5] conformément à l'article 6 I 2 de la LCEN. Il s'agit de l'application du régime de la "responsabilité allégée" des hébergeurs.