

UNIVERSITÉ LYON 2

LES TRANSVERSALES

# Vie privée : quelle protection par le juge ?

COLLOQUE  
24 NOVEMBRE 2017

Sous la direction de  
V. Goesel-Le Bihan

UNIVERSITÉ  
LUMIÈRE  
LYON 2

INSTITUT  
DES SCIENCES  
DE L'HOMME 

  
DCT  
droits contrats territoires

  
FDSP  
FACULTÉ DE DROIT ET  
SCIENCE POLITIQUE



# Sommaire

Sommaire	2
Discours d'ouverture - La vie privée au risque du larsen de l'État	3
Les Transversales de Lyon 2 - Présentation	5
Propos liminaires	7
La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit au respect de la vie privée	9
Le juge de l'Union et le droit au respect de la vie privée	19
Le Conseil constitutionnel et le droit au respect de la vie privée	36
Les juges constitutionnels étrangers : l'exemple des USA	54
Les juges constitutionnels étrangers : l'exemple de l'Allemagne	68
Le juge administratif et le droit au respect de la vie privée - Présentation générale	77
Données personnelles et respect de la vie privée dans la jurisprudence administrative	93
Le juge judiciaire et le droit au respect de la vie privée	103
Le juge judiciaire, la liberté de création et le droit au respect de la vie privée : l'exemple des oeuvres d'art	111
Vie privée : quelle protection par le juge ? Aspects de droit international privé	124
Rapport final	137
Mentions légales	141

# Discours d'ouverture - La vie privée au risque du larsen de l'État

**Guillaume Protière**

*Maître de conférences de droit public  
Doyen de la Faculté de droit et de science politique  
Université Lumière Lyon 2*

Madame la vice-présidente de l'Université en charge de la Recherche, Chère Isabelle,

Monsieur le Président de la Cour administrative d'appel de Lyon,

Monsieur le doyen, Cher Jean-Christophe,

Madame la directrice de l'Équipe d'accueil «Droits, contrats, territoires», Chère Isabelle,

Mesdames et Messieurs les Professeurs,

Mesdames, Messieurs, Cher.ère.s collègues, Cher.ère.s étudiant.e.s,

Je n'entends pas jouer les trouble-fêtes en cette belle matinée du mois de novembre où l'Université nous réserve ce qu'elle fait de mieux :

- un plateau de peintures, toutes reconnues dans leur domaine de compétence (je les remercie de leur présence alors que l'agenda est toujours chargé à cette époque).
- un colloque organisé de main de maître par le Professeur Le Bihan qui allie l'expertise scientifique la plus aiguë et un sens de l'organisation sans pareil. Merci beaucoup chère Valérie.
- un amphithéâtre (chauffé ?) de prestige.
- des étudiants spontanément nombreux pour venir s'ouvrir l'esprit, apprendre gratuitement des résultats de la recherche juridique.

Mais allez savoir pourquoi la musique enjouée et guillerette qui devrait accompagner ces constats et nous plonger dans un film à la Jacques Demy est couverte par d'autres sons :

- le larsen d'un État dont la capacité à connaître de la vie privée n'a jamais été aussi étendue ;
- le bruit des bottes des soldats qui arpentent désespérément et insensément les rues de nos villes ;
- le silence assourdissant d'une opinion publique tétanisée par la menace terroriste et qui n'aspirerait qu'à davantage de sécurité.

Cette sécurité au nom de laquelle il faudrait autoriser l'État à écouter aux portes (quand il n'est pas autorisé à les défoncer) ; ce serait le tribut à payer pour ériger la « démocratie apte à se défendre ».

Les râleurs, les mauvais coucheurs peuvent circuler tandis que les honnêtes gens, elles, n'ont rien à se reprocher, ni à cacher ; elles savent que seuls l'autre, le « terroriste », l'immoral court un risque. Leur vie privée ne craint rien ; au contraire, elles aspirent à la faire connaître pour éviter tout soupçon.

Curieuse évolution qui implique que l'individu expose sa vie privée pour gagner la confiance de son État, là où, il y a encore peu, c'était bien plutôt à l'État de démontrer l'utilité de son action pour faire adhérer les masses qui veillaient à ne rien lui céder de superflu.

Curieuse évolution qui conduit à demander toujours plus de protection au pouvoir dont on s'est si longtemps défié et à abandonner toujours davantage les idéaux libéraux pour étendre le spectre de la démocratie providentielle, laquelle devient *nolens volens* ce « pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer la jouissance et de veiller sur [le] sort des citoyens » <sup>(1)</sup> que décrit Tocqueville dans le tome II de *La démocratie en Amérique* (dans des pages prophétiques et alarmistes).

Tocqueville, quelques pages après l'extrait cité, rappelle qu'« il dépend [des nations que leurs choix] les

conduisent à la servitude ou à la liberté, aux lumières ou à la barbarie, à la prospérité ou aux misères » <sup>(2)</sup>. En somme, l'*homo democraticus* peut, à tout instant se reprendre et éviter le pire.

Je vois le colloque d'aujourd'hui comme l'un de ces moments de reprise démocratique, l'un de ces moments où l'ombre tutélaire est questionnée. Questionnement d'autant plus pertinent et bienvenu que centré sur le droit, il interrogera le pouvoir dans son mode d'expression premier. On ne peut alors manquer de se remémorer cette phrase d'Hans Kelsen selon laquelle « le soi-disant pouvoir de l'État, c'est l'efficacité du droit, et l'efficacité de l'État, c'est le pouvoir du droit ». À cette aune, loin de se renforcer, le pouvoir de l'État se dissout quand il abandonne le droit et les idéaux qui le soutiennent. Ce qui est sauvé à court terme (l'apparence de la capacité de l'État à préserver la sécurité de la population) est cela même qui condamne l'entreprise à long terme (la sécurité étant un trou noir qui aspire à l'émergence d'un État total).

Vos travaux revêtent donc une urgence juridique et politique certaine ; je ne doute pas qu'ils trouvent un écho en dehors du cénacle universitaire, confortant votre rôle de clercs dans une société qui en manque cruellement.

Je vous souhaite une excellente journée.

---

<sup>(1)</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* t. II, Paris, Gallimard, 1960, p. 648.

<sup>(2)</sup> Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, p. 659.

# Les Transversales de Lyon 2 - Présentation

**Valérie Goesel-Le Bihan**

*Professeure de droit public  
Responsable de l'axe "Droits fondamentaux, Justice et Régulation"  
Droits, contrats, territoires (EA 4573)  
Université Lumière Lyon 2*

Monsieur le Président de la Cour administrative d'appel, Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Lyon, chers collègues, chers étudiants, mesdames, messieurs,

Organiser des Transversales à Lyon 2, expliquais-je l'année dernière, est d'abord l'expression d'un **choix scientifique**. La coexistence dans l'espace européen de multiples systèmes de protection des droits et libertés impose non seulement d'étudier de manière systématique les droits consacrés, mais également les techniques de protection que les différentes juridictions mettent à leur service. Or, toute comparaison impose au préalable une connaissance approfondie des diverses jurisprudences. Tel est l'objet de ces Transversales, celles de l'année dernière, qui étaient consacrées au principe de précaution - dont, soit dit en passant, la plupart des interventions paraîtront dans le prochain numéro de la RFDA - celles de cette année dont l'objet est la vie privée, et celles à venir, que j'espère nombreuses.

Choix **d'aménagement paysager** dans un environnement local singulier, expliquais-je également. En effet, organiser des Transversales, c'est aussi tenter d'imaginer et de construire des **chemins de traverse** :

- **à l'intérieur même de notre Equipe de recherche, entre publicistes et privatistes** - et le sujet de la vie privée s'y prêtait tout particulièrement -

- **entre les Equipes de recherche de notre Université** - je pense à l'antenne lyonnaise du CERCRID qui est aujourd'hui représentée -

- mais aussi **entre les 3 Universités de notre territoire, Lyon 3, Lyon 2 et Saint-Etienne, et pour cette année et celles à venir - en tout cas je l'espère - l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon**. Créer des solidarités transversales effectives est donc le chemin que j'ai souhaité emprunter afin de contribuer à donner à notre Equipe de recherche une identité particulière, en liaison avec les parcours de master que porte de longue date notre Faculté de droit.

Pourquoi la vie privée ? pour plusieurs raisons :

- Parce que ce sujet est, bien sûr, d'actualité. Pas une semaine, pas un jour presque, sans que les risques que font peser les technologies numériques sur la vie privée ne s'accroissent, sans parler des impératifs de la lutte contre le terrorisme, qui, état d'urgence ou de moindre urgence, avec, sans ou contre le juge judiciaire, sont au coeur des débats politiques actuels et justifient que des restrictions inédites lui soient apportées, la vie privée, à côté de la liberté d'aller et de venir, étant en effet en première ligne.

- Parce que - et il s'agit là de la seconde raison - la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à ce principe est complexe et, comme on le verra tout à l'heure, traversée par des forces antagonistes, dont l'analyse approfondie est nécessaire à la compréhension des limites internes qui pèsent actuellement sur le législateur. Or, comment comprendre cette jurisprudence sans connaître le dernier état de celles qui l'entourent et contribuent à en fixer les contours ?

La vie privée, donc... Précisons d'ailleurs, afin de continuer de nous inscrire dans la durée, que les prochaines Transversales, celles de novembre 2018, auront pour sujet **les différentes techniques de protection des droits et libertés utilisées par les juges**. Un sujet doublement transversal, puisqu'il intéressera l'ensemble des droits et libertés - au delà, donc, des différents juges.

Je ne peux évidemment achever ce propos introductif sans remercier vivement tous ceux qui ont accepté de donner forme à cette deuxième rencontre :

- Nicole Belloubet, qui n'est pas là aujourd'hui, mais qui avait accepté, lorsqu'elle était encore membre du Conseil constitutionnel, de participer, comme l'an dernier, à cette rencontre avant qu'elle ne décide d'assumer la fonction, plus chronophage, de Ministre de la justice

- les participants extérieurs aux Universités de Lyon qui sont venus pour présider une demi-journée ou présenter une intervention, en particulier Frédéric Sudre qui a accepté - merci, Frédéric, pour ta fidélité - de troquer temporairement sa fonction actuelle de Président du jury d'agrégation de droit public pour celle de Président de notre séance matinale, Régis Vanhasbrouck, Premier Président de la Cour d'appel de Lyon, qui présidera notre séance de l'après-midi, Constance Grewe - merci Constance d'honorer pour la première fois ces Transversales de ta présence - Jean-Christophe Saint-Pau et Jean-Pierre Marguénaud qui est à nouveau présent pour les conclusions finales - merci également Jean-Pierre pour votre présence, et cette fois, sans état d'urgence organisationnel.

- Je n'oublie pas, évidemment, mes collègues de Lyon 3, Président de la Cour administrative d'appel compris - merci Régis pour ton amicale et fidèle présence - de Sciences po Lyon et, enfin, bien sûr, ceux de Lyon 2.

Je remercie également tous les membres de notre Equipe de recherche et sa directrice, Isabelle Bon-Garcin, qui ont soutenu depuis le début ces Transversales, ainsi que les doctorants qui, rattachés à cette Equipe, sont aujourd'hui présents pour participer à leur mise en oeuvre et demain, je l'espère, à leur volet scientifique.

Tous mes remerciements vont également à Nathalie Rivier, la gestionnaire de notre Equipe, pour sa disponibilité, son sens de l'organisation et son enthousiasme.

Je remercie enfin notre Doyen, Guillaume Protière. Sans la communauté de valeurs qui est la nôtre - et qui concerne tant l'enseignement et la recherche - sans son amicale présence, ces Transversales, dont le second chapitre s'écrit aujourd'hui, auraient peut-être rejoint les vastes contrées de nos rêves inaboutis, ou pis, contrariés.

Place donc à la réalité, et aux Transversales 2017.

# Propos liminaires

Frédéric Sudre

Professeur de droit public  
Université de Montpellier

C'est un réel plaisir pour moi de présider la première demi-journée de ce colloque consacré à la protection de la vie privée par le juge et je voudrais féliciter ma collègue et amie - le Professeur Valérie Goessel-Le Bihan - pour cette initiative qui invite au décloisonnement des disciplines juridiques par le biais d'une analyse transversale, donc comparative, des méthodes de contrôle du juge - européen (conventionnel et communautaire), constitutionnel, administratif, judiciaire.

L'année dernière, le principe de précaution en droit de l'environnement avait retenu notre attention, cette année le droit au respect de la vie privée a été choisi comme sujet d'étude.

C'est un sujet passionnant parce qu'au cœur des évolutions du droit les plus contemporaines, soulevant des questions délicates - notamment par leur dimension éthique ou philosophique - mais c'est aussi un sujet difficile à appréhender en raison de l'indétermination même du champ d'application du droit.

## Qu'est-ce que la vie privée ?

Ainsi que l'a dit joliment un éminent juriste - Jacques Velu -, la 'vie privée' « se sent plus qu'elle se définit »<sup>(1)</sup>.

Il faut bien reconnaître que la jurisprudence s'est appliquée à ne pas démentir cet aphorisme.

C'est vrai de la jurisprudence européenne. La Cour européenne des droits de l'homme admet que « la notion de 'vie privée' est une notion large non susceptible d'une définition exhaustive » (CEDH, 25 avril 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, § 61) et elle retient une formulation tautologique de nature « attrape-tout » - « la notion de "vie privée" "englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur" (CEDH, gde ch., 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, § 71) - qui confère au droit au respect de la vie privée un champ d'application quasi illimité.

C'est vrai, aussi, de la jurisprudence nationale. L'indétermination est manifeste, également, en droit interne, s'agissant de l'article 9 du Code civil, issu de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, qui, dans une formulation quasiment identique à celle de l'article 8 de la CEDH, dispose que « chacun a droit au respect de la vie privée ». La jurisprudence de la Cour de cassation est qualifiée de « fluctuante »<sup>(2)</sup> et il est significatif que les annotateurs du Code civil « Dalloz » en soient réduits à présenter la matière sous forme d'un catalogue qui, sous couvert d'une rubrique fourre-tout, dénommée « formes d'atteintes à la vie privée » et curieusement dissociée de « vie privée du salarié » et de « protection de l'image », comporte de nombreuses déclinaisons, quelque peu disparates (vie affective, intimité corporelle, patrimoine, domicile, messagerie...), dont une dite « autres formes d'atteintes à la vie privée » qui permet de « caser » la géolocalisation, les fichiers ou la réputation...

On sait aussi que le Conseil constitutionnel s'est montré fort hésitant, faisant naviguer le droit au respect de la vie privée d'abord sous pavillon de la liberté individuelle (déc 94-352 DC 18 janvier 1995) puis sous celui de la liberté personnelle et de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (déc 99-419 DC, 23 juillet 1999), coexistant alors avec l'inviolabilité du domicile, la liberté d'aller et venir, le secret des correspondances, les mesures de géolocalisation.

La « vie privée » apparaît comme un puits sans fond et le champ d'application du droit au respect de la vie privée ne semble pouvoir être appréhendé que sous la forme d'un abécédaire non exhaustif : accès à l'information, autonomie personnelle, correspondance, domicile, données à caractère personnel, écoutes téléphoniques, emploi, environnement, fichiers, géolocalisation, identité, minorités, nom, origines, santé, sépulture, vidéo, vie sexuelle...

Une telle diversité appelle inévitablement un traitement jurisprudentiel modulé - pourrait-on dire « sur mesure » et non de l'ordre du « prêt à porter » - selon que les atteintes au droit au respect de la vie privée portent sur tel ou tel aspect du droit. On comprend sans peine que les techniques de contrôle mobilisées par le juge et que l'intensité de son contrôle varient selon qu'est en cause ou non la sphère la plus intime de la vie privée, selon l'objectif poursuivi (la lutte contre le terrorisme est une chose, la protection de la réputation en est une autre), selon que la garantie d'un droit (le droit à la connaissance des origines) appelle le sacrifice d'un autre droit (le droit à l'anonymat).

C'est ici le rôle de la doctrine que d'interroger - dans une perspective comparée - ce traitement jurisprudentiel, que de mettre à nu ces techniques de contrôle, que d'en proposer une systématisation. Or, il faut bien dire que la doctrine, ici, est assez défailante et qu'elle se contente trop souvent de faire mention du contrôle de

proportionnalité, de la marge d'appréciation, du « juste équilibre », sans aller au fond des choses. Le halo d'approximation qui entoure le contrôle de proportionnalité dans la doctrine constitutionnaliste (à une notable et « lyonnaise » exception près), civiliste, européeniste est à cet égard édifiant.

C'est tout le mérite du Pr Valérie Giesel-Le Bihan et c'est tout l'intérêt de ces « Transversales » que de permettre une meilleure connaissance du traitement jurisprudentiel de la vie privée.

---

<sup>(1)</sup> J. Velu, "Convention européenne des droits de l'homme", *Rép. prat. Dr. Belge*, n° 652.

<sup>(2)</sup> B. Beignier, "La protection de la vie privée", in R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche, T. Revet (dir) *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2004, 181.

# La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit au respect de la vie privée

**Peggy Ducoulombier**

*Professeure de droit public  
Institut de recherches Carré de Malberg (EA 3399)  
Université de Strasbourg*

Traiter de l'appréhension du droit au respect de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'Homme est une tâche ardue au regard de la diversité de ce sujet. Il n'est pas évident de donner un sens à cette jurisprudence qui va de la protection des données personnelles à la décision de mettre fin à ses jours dans la dignité, en passant par le droit de porter la barbe en prison <sup>(1)</sup>. Il est donc apparu nécessaire de faire un choix, même si tout choix implique la subjectivité, pour essayer de révéler la manière dont le juge européen appréhende ce droit aux multiples facettes. Il apparaît que les développements relatifs à la jurisprudence de la Cour européenne sur cette question révèlent les tensions qui traversent le système européen de protection des droits de l'Homme.

On le sait, la Cour est soumise à un ensemble de tensions internes et externes, juridiques et politiques, substantielles et organiques.

L'article 8, même restreint à la seule analyse de la vie privée<sup>(2)</sup>, peut ainsi être utilisé pour mettre au jour les tensions internes, juridiques et substantielles qui étreignent le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme et qui sont inhérentes aux droits de l'Homme. Ainsi, cet article est l'un des principaux sièges des conflits entre droits, ou entre droits et intérêts, qui révèlent la tension entre individualisme et respect d'intérêts publics et qui se résolvent par l'application d'une méthode fondée sur le contrôle de proportionnalité.

Le traitement jurisprudentiel de l'article 8 révèle ensuite les tensions externes, politiques et organiques qui étreignent la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, la manière dont la Cour appréhende certaines problématiques contemporaines impliquant le droit au respect de la vie privée sont révélatrices des controverses qui entourent son rôle et sa légitimité, influant ainsi sur son autorité. Ces tensions se matérialisent notamment à travers le renouveau du principe de subsidiarité <sup>(3)</sup>, compris de manière parfois agressive par certains Etats, qui devient selon Frédéric Sudre, la « nouvelle frontière » de la jurisprudence européenne <sup>(4)</sup>.

Ce que révèle l'analyse de la jurisprudence de la Cour sur le droit au respect de la vie privée c'est que le dynamisme dont la juridiction européenne fait preuve est également encadré par les réalités de la subsidiarité de l'instrument conventionnel et par la marge d'appréciation accordée aux Etats. Ainsi, la jurisprudence européenne oscille entre audace et mesure, révélant les tensions inhérentes aux droits de l'Homme (I) et relatives à l'autorité de la Cour européenne (II).

## **I. Le traitement jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée, illustration des tensions inhérentes aux droits de l'Homme**

La jurisprudence relative au droit au respect de la vie privée est à la fois faite d'audace et de retenue. L'audace est principalement présente à travers l'extension presque continue du champ d'application de l'article 8, marquant la primauté accordée à l'individu (A). Pour autant, cette audace est contrainte par la nécessité de concilier le droit au respect de la vie privée avec les exigences de l'ordre public (B). Ainsi, si le raisonnement relatif à l'applicabilité de l'article 8 est marqué par le dynamisme, l'analyse de la Cour n'aboutit pas nécessairement à la condamnation de l'Etat et à la prévalence automatique du droit individuel sur les intérêts publics.

### **A. L'extension de l'applicabilité de l'article 8 ou la primauté de l'individu**

Le traitement jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée est marqué par une extension importante du champ d'application de l'article 8, un nombre toujours grandissant d'intérêts et de droits y étant intégrés par la Cour. Différentes techniques ont été utilisées pour réaliser cette extension. Tout d'abord, la Cour a affirmé que la notion de vie privée était une notion large qui ne se prêtait pas à une définition exhaustive. L'autonomie de la notion et la reconnaissance de ce caractère non fini, ainsi que l'interprétation évolutive de la Convention, ont ainsi permis au juge européen d'étendre le champ de l'article 8 <sup>(5)</sup>. La vie privée comprend ainsi la protection de l'intimité comme le développement de l'identité sociale. Elle est susceptible de recouvrir l'intégrité physique et morale d'un individu <sup>(6)</sup>, à travers notamment la protection du droit à l'épanouissement personnel. La Cour a ainsi expliqué que la notion d'autonomie personnelle sous-tendait l'interprétation de l'article 8, allant même jusqu'à reconnaître dans certains arrêts un droit à l'autodétermination <sup>(7)</sup>. Autonomie et autodétermination recèlent des potentialités fortes en

termes de réception des revendications individuelles par le droit européen des droits de l'Homme. Par exemple, dans le domaine de la vie privée personnelle, l'article 8 accueille les questions relatives à l'identité et l'orientation sexuelles, mais aussi le droit de disposer de ses embryons dès lors que ceux-ci constituent une part de l'identité biologique de la personne <sup>(8)</sup>. Ce principe d'autonomie sous-tend également les revendications relatives à la libre disposition de son corps, qu'il s'agisse de la décision de mettre un terme à sa vie, de la volonté de fonder une famille, de choix engageant sa santé, etc. Ainsi, par exemple, la Cour a-t-elle admis, dans l'arrêt de Grande chambre, *Dubská et Krejzov á c. République tchèque*, que « le choix du lieu de l'accouchement [est] fondamentalement [lié] à la vie privée d'une femme et [relève] de cette notion aux fins de l'article 8 de la Convention » <sup>(9)</sup>.

Dans le domaine de la vie privée sociale, la Cour a récemment accepté dans l'arrêt de Grande chambre, *Bărbulescu c. Roumanie* <sup>(10)</sup>, l'applicabilité du droit au respect de la vie privée à la protection des communications personnelles du requérant sur son lieu de travail <sup>(11)</sup>.

Pour autant, la manière dont la Cour accepte l'intégration de certains de ces intérêts dans l'article 8 est progressive, révélant qu'elle anticipe les difficultés que ce mouvement ne manque pas de soulever. L'intégration des questions relatives au droit de mourir dans la dignité est révélatrice de cette « prudente audace ». Ainsi, si dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* <sup>(12)</sup>, la Cour reconnaît l'importance de l'autonomie personnelle comme principe directeur de l'interprétation de l'article 8, ainsi que le fait que les questions de fin de vie entrent dans le champ d'application de cette disposition, il n'est pas encore question de la reconnaissance d'un droit de mourir dans la dignité <sup>(13)</sup>. Ce n'est qu'une dizaine d'années plus tard dans les affaires *Haas c. Suisse* et *Koch c. Allemagne*, confirmées par l'arrêt de Grande chambre *Lambert c. France*, que la Cour reconnaît que « dans la notion d'autonomie se trouve le droit de chacun de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin » <sup>(14)</sup>, « à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence » <sup>(15)</sup>.

Une autre source d'extension importante de l'applicabilité de l'article 8 est constituée par la reconnaissance du droit matriciel à l'identité. Si, grâce à ce droit, de nombreux intérêts entrent sans controverse dans le champ d'application de l'article 8 telle la protection de l'identité et l'orientation sexuelles, le droit de connaître ses origines ou le droit au nom, il comprend également des ramifications qui peuvent soulever des questions plus délicates pour la Cour. Le droit à l'identité a ainsi été utilisé pour permettre d'accueillir par le biais de l'article 8 des problématiques pourtant expressément exclues de la protection conventionnelle. C'est le cas, par exemple, des questions relatives à la nationalité. Dans ce domaine, la Cour n'a pas encore franchi le pas de la reconnaissance d'un droit à part entière et c'est par la médiation de leur impact sur le droit à la vie privée que cet intérêt est pris en compte. La jurisprudence européenne a ainsi été marquée par un revirement de jurisprudence, passant du refus d'étudier les requêtes soulevant un grief lié à la nationalité, dans la mesure où ni la Convention ni ses protocoles ne protègent un droit à la nationalité <sup>(16)</sup>, à l'affirmation qu'une privation arbitraire, qu'il s'agisse d'un refus comme dans la décision *Karassev c. Finlande* <sup>(17)</sup> ou d'un retrait de nationalité comme dans l'arrêt *Ramadan c. Malte* <sup>(18)</sup>, est susceptible de soulever des questions au titre de l'article 8 en raison de son impact sur le droit au respect de la vie privée, et notamment le droit à l'identité que la nationalité contribue à définir.

Dans le domaine de la nationalité, comme dans d'autres domaines relevant du droit au respect de la vie privée, un mécanisme est également à l'œuvre pour contribuer à l'extension du champ d'application de l'article 8. Il s'agit du fonctionnement de l'article 14 de la Convention, interdisant la discrimination dans la jouissance des droits conventionnels. L'utilisation de cet article permet à la Cour de se pencher sur certaines questions alors même qu'aucune violation de l'article 8 ne serait décelable, dès lors que les faits de la cause tombent sous l'empire de cette disposition. Cela permet notamment à la Cour d'analyser des questions alors même qu'elle refuse de reconnaître au titre de l'article 8 l'existence de certains droits, comme le droit à la nationalité ou le droit à l'adoption. La logique de l'article 14 produit ainsi une extension continue du champ d'application de la Convention tout en permettant à la Cour de maintenir une position de principe – de façade – sur ces sujets. C'est par exemple le cas, dans le domaine de la nationalité, de l'arrêt *Genovese c. Malte* <sup>(19)</sup>, où le requérant contestait le refus d'obtention de la nationalité maltaise par sa mère en raison de son statut d'enfant naturel. Bien que ce refus n'ait pas eu de conséquences particulièrement sérieuses sur la vie privée du requérant, l'absence de justification objective et raisonnable de la différence de traitement explique la facilité avec laquelle la chambre analyse la question et condamne l'Etat, alors que dans d'autres affaires relatives à la nationalité, mais n'impliquant pas de questions de discrimination, la Cour est bien plus prudente et compréhensive à l'égard des Etats <sup>(20)</sup>. Concernant les discriminations dans le processus d'adoption, on peut également relayer, sans les partager, les doutes de la minorité dans l'affaire *E. B. c. France* <sup>(21)</sup>. Si l'affirmation de l'interdiction de discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle doit être saluée, les faits de cette affaire n'étaient pas nécessairement les plus pertinents pour constituer le siège de ce revirement de jurisprudence fondamental <sup>(22)</sup>.

Si la jurisprudence de la Cour concernant l'applicabilité de l'article 8 donne une impression d'extension continue de la notion de vie privée et de « triomphe » <sup>(23)</sup> de l'individu, sa jurisprudence au fond est plus mesurée. L'article 8 est un droit conditionnel pouvant être restreint pour la défense des droits d'autrui et des intérêts publics mentionnés

par le second paragraphe de la disposition. Il est donc nécessaire d'assurer un juste équilibre entre ces droits et intérêts, et la jurisprudence de la Cour ne se montre pas insensible à la protection de l'ordre public défendu par l'Etat.

### **B. Une jurisprudence plus mesurée sur le fond ou la prise en considération des exigences de l'ordre public**

L'extension du champ d'application de l'article 8, si elle traduit la reconnaissance par la Cour des revendications individuelles, ne signifie pas nécessairement que celle-ci constate la violation de la Convention. Lors de l'analyse du fond de l'affaire et du contrôle de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, la Cour doit prendre en considération les buts légitimes invoqués par l'Etat et la nécessaire conciliation des droits et intérêts conflictuels. Pour réaliser ce contrôle, la Cour utilise le contrôle de proportionnalité. Le test de proportionnalité, tirant son origine du droit allemand, est généralement présenté comme comprenant trois sous-éléments : l'adéquation de la mesure au but poursuivi (il s'agit de vérifier que la mesure est apte à atteindre le but pour lequel elle a été prise), la nécessité de cette mesure (il s'agit de savoir si la mesure était la moins intrusive pour les droits individuels) et la proportionnalité au sens strict (la mise en balance des droits et intérêts qui s'opposent). La jurisprudence de la Cour présente rarement de manière explicite ces trois sous-tests lorsqu'elle contrôle la nécessité dans une société démocratique de l'ingérence <sup>(24)</sup>. En effet, la Cour se fonde sur la recherche d'un besoin social impérieux justifiant l'ingérence, qui s'articule autour de la pertinence et de la suffisance de ses motifs et de sa proportionnalité par rapport au but poursuivi. Toutefois, on trouve trace de la présence d'un contrôle de l'adéquation et de la nécessité au sens allemand. Ainsi, lorsque la Cour exige que les informations conservées dans un fichier soient « pertinentes [...] par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées » <sup>(25)</sup> ou qu'elle juge qu'une mesure de surveillance par géolocalisation n'était pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, dès lors qu'elle avait été mise en œuvre après que d'autres mesures, moins intrusives pour le droit au respect de la vie privée, se soient révélées inefficaces <sup>(26)</sup>.

Dans le domaine du droit au respect de la vie privée, les condamnations des Etats sont nombreuses mais elles ne doivent pas amener à des conclusions hâtives, qui amèneraient à penser que la Cour fait fi des exigences de l'ordre public.

Il est vrai que la Cour n'hésite pas à condamner l'Etat alors même que des buts importants sont mis en avant par le gouvernement, par exemple la lutte contre le terrorisme ou la poursuite et la prévention des infractions pénales. Le contentieux relatif à la protection des données personnelles et la surveillance de masse illustre le contrôle poussé que la Cour peut réaliser des mesures prises par les autorités nationales. Malgré la présence de buts incontestablement légitimes, la Cour condamne les Etats quand leur droit ne répond pas aux exigences conventionnelles ou en cas de disproportion de l'ingérence subie. Ainsi, en matière d'écoutes, l'arrêt de Grande chambre *Roman Zakharov c. Russie* <sup>(27)</sup> confirme les développements antérieurs et notamment l'arrêt *Kennedy c. Royaume-Uni* <sup>(28)</sup>, et pose le cadre que les Etats doivent respecter en la matière. Il est intéressant de relever que la Cour développe son contrôle dès le stade de l'analyse de la recevabilité de la requête. Elle utilise l'obligation procédurale de l'existence de recours effectif au titre de l'article 8 pour tempérer les effets de la nature secrète de la surveillance et écarter ses règles classiques de refus de l'*actio popularis* et d'examen *in abstracto* d'une loi au bénéfice de la protection du droit au respect de la vie privée. Elle souligne que si le requérant ne jouit pas d'un recours effectif pour se plaindre d'une mesure de surveillance dont il pense avoir fait l'objet, la Cour peut l'autoriser à introduire un recours sans avoir à prouver qu'il est directement affecté par une mesure de surveillance. Si un tel recours existe, le requérant doit, au contraire, démontrer qu'il fait partie d'une catégorie de personnes susceptibles d'être surveillées.

Par ailleurs, en matière de fichage, la Cour sanctionne les excès des Etats notamment quand ceux-ci prévoient des conservations indéfinies ou excessives de données personnelles, particulièrement lorsqu'elles sont sensibles comme les données ADN ; qu'ils ne font pas de différence quant à l'inscription au fichier ou la durée de conservation des données entre les personnes selon qu'elles sont simplement impliquées dans une affaire pénale, poursuivies ou condamnées ou en fonction de la gravité de l'infraction ; ou qu'ils limitent de manière injustifiée les possibilités d'effacement <sup>(29)</sup>.

L'exercice par la juridiction européenne d'un contrôle rigoureux <sup>(30)</sup> a indéniablement imposé aux législations des Etats d'évoluer vers plus de clarté et de prévisibilité. De même, les condamnations de la Cour ont amené à une amélioration des garanties procédurales limitant les abus des services de police et de sécurité. Toutefois, il faut souligner que, dans de nombreux cas, la condamnation par la Cour a porté sur des législations révélant des insuffisances manifestes. En effet, la législation russe ouvrait grand la porte aux abus en multipliant les lacunes : absence de précision suffisante quant aux circonstances dans lesquelles une personne pouvait être surveillée, absence de clarté quant à la durée de conservation des données, absence de contrôle juridictionnel effectif dans la mesure où le juge autorisant l'interception n'en contrôlait pas la nécessité et la proportionnalité et qu'il n'existait pas de contrôle par un juge indépendant de la mise en œuvre de la mesure ni de voies de recours effectives en

l'absence de notification de l'écoute ou de la possibilité d'avoir accès aux informations pertinentes.

Il ne faut pas douter qu'en la matière la marge d'appréciation des Etats reste non négligeable. Ainsi, le cadre britannique relatif aux écoutes a pu être considéré, dans l'affaire *Kennedy c. Royaume-Uni*, comme conforme à la Convention malgré un contrôle qu'on pourrait estimer insuffisant. Le droit anglais prévoit que le requérant suspectant une surveillance secrète peut s'adresser à l'*Investigatory Powers Tribunal*. Celui-ci, au cas où la situation est conforme au droit ne confirme pas que la surveillance a eu, ou non, lieu mais simplement que la personne n'a pas fait l'objet d'une mesure illégale. En revanche, au cas où une illégalité a été commise, le tribunal peut prendre un certain nombre de mesures permettant de redresser la violation commise. Toutefois, la procédure devant le tribunal apporte des restrictions aux règles de la contradiction et de la publicité, sans que cela soit jugé contraire à l'article 6 en raison de la nécessité de garantir l'efficacité du dispositif de surveillance secrète et de son importance pour la lutte contre le terrorisme et les infractions graves. Par ailleurs, aucun appel devant une juridiction ne pouvait être introduit contre les décisions du *Tribunal* <sup>(31)</sup>. De même, la Cour a accepté que les exigences de la lutte contre le terrorisme et l'urgence puissent amener à un allègement des garanties procédurales encadrant les visites domiciliaires <sup>(32)</sup>. La jurisprudence de la Cour n'est ainsi pas insensible, et cela nous semble justifié, aux exigences de l'ordre public.

La même remarque peut être faite concernant d'autres domaines comme celui des effets du recours à la gestation pour autrui (ci-après la GPA). Certes, les arrêts *Menneson* et *Labassee c. France* <sup>(33)</sup> concluent à la violation de l'article 8, en raison de l'atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants conçus par GPA causée par le refus de transcription de leur acte de naissance étranger dans les registres de l'état civil français. Si cet arrêt a amené la jurisprudence de la Cour de Cassation à évoluer, il ne doit pas amener à penser que la Cour ignore la volonté de certains Etats de ne pas accepter la marchandisation du corps humain. C'est l'intérêt supérieur des enfants à voir leur filiation établie à l'égard de leur père biologique qui explique le constat de violation, la Cour n'ayant pas pris position sur la GPA en tant que telle. Cela apparaît clairement lorsque l'on rapproche ces affaires de l'arrêt de Grande chambre *Paradiso et Campanelli c. Italie* <sup>(34)</sup>. Cet arrêt concernait le retrait à ses parents d'intention et le placement en famille d'accueil en vue de son adoption d'un enfant conçu par GPA en Russie, en violation de l'interdiction italienne. L'arrêt s'est pourtant conclu, par onze voix contre six, par un constat de non-violation de l'article 8, la Cour estimant que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des parents <sup>(35)</sup> ne l'emportait pas sur l'intérêt de l'Italie à faire respecter son droit <sup>(36)</sup>.

Ainsi, si la Cour admet au nom du respect de l'autonomie individuelle que certains intérêts entrent dans le champ de l'article 8, elle prend en compte les intérêts publics ou généraux opposés par l'Etat pour justifier la restriction au droit applicable et le caractère proportionné de l'ingérence.

En effet, l'analyse de la proportionnalité de l'ingérence subie se concrétise principalement par la balance des droits et intérêts. Dans cet exercice de balance, il faut déterminer le poids respectif des droits et intérêts qui s'opposent. Droits garantis par l'article 8 et intérêts publics ou privés conflictuels n'ont ainsi pas tous le même poids. Si la jurisprudence de la Cour européenne est réticente à affirmer clairement une hiérarchie des droits conventionnels, elle l'est moins à établir l'existence d'une hiérarchie interne à certains de ces droits <sup>(37)</sup>. Au titre du droit au respect de la vie privée, la Cour affirme que certains intérêts se situent au cœur de l'article 8, appartenant à ce qu'elle a pu nommer « le noyau dur » du droit <sup>(38)</sup>, quand d'autres se situent à la périphérie. Ainsi, la Cour a-t-elle affirmé que les questions relatives à l'identité <sup>(39)</sup> et l'orientation <sup>(40)</sup> sexuelles sont centrales pour la définition de l'identité de la personne, alors que, par exemple, le droit de disposer de ses embryons au bénéfice de la recherche scientifique ne fait pas partie du noyau dur de l'existence et de l'identité de la requérante <sup>(41)</sup>. De même, que les droits et intérêts garantis par l'article 8 sont affectés d'un poids, les intérêts publics qui s'y opposent le sont également. Plus l'intérêt public poursuivi par la mesure étatique contestée est important, plus il sera difficile au requérant de démontrer la disproportion de l'ingérence subie, quand bien même les restrictions doivent être interprétées strictement et la priorité accordée aux droits conventionnels. Ce raisonnement de la Cour, offrant une protection graduelle aux différents droits et intérêts en conflit, doit ainsi être pris en compte pour analyser le degré d'audace de sa jurisprudence. Ainsi, dans les affaires impliquant le droit à l'autodétermination en matière de santé, l'intérêt public opposé est souvent présenté comme particulièrement important, ce qui permet de contrebalancer l'importance des intérêts individuels en jeu. Ainsi en est-il dans l'affaire *Dubská et Krejzová* <sup>(42)</sup>, concernant la possibilité effective d'accoucher à domicile, dans la mesure où, si cette pratique n'était pas interdite par la loi, le droit interne n'autorisait pas les professionnels de santé à assister les femmes qui le souhaitent dans cette démarche. Dans cette affaire, la Cour souligne que l'accouchement à domicile, sans porter sur des questions éthiques et morales sensibles, « touche à un intérêt général important dans le domaine de la santé publique [... que] la responsabilité de l'État en la matière implique nécessairement un plus large pouvoir pour celui-ci d'énoncer des règles sur le fonctionnement du système de santé, englobant les établissements de santé tant publics que privés [...] que la présente affaire porte sur une question complexe de politique de santé exigeant une analyse par les autorités nationales de données spécialisées et scientifiques sur les risques respectifs de l'accouchement à l'hôpital et de l'accouchement à domicile [et que] des considérations générales de politique sociale et économique entrent en jeu, notamment l'affectation de moyens financiers, dès lors qu'il peut s'avérer nécessaire de retirer des

ressources budgétaires du système général des maternités pour les consacrer à la mise en place d'un cadre pour l'accouchement à domicile »<sup>(43)</sup>. L'ensemble de ces éléments, ajouté à l'absence de consensus européen en la matière, amène la Cour à conclure que la marge d'appréciation de l'Etat est large, sans être illimitée, ce qui rend plus difficile pour les requérantes la démonstration de la disproportion de l'ingérence subie. Et la Cour en effet de conclure à la non-violation de l'article 8, par douze voix contre cinq, toutefois.

Si l'intérêt de la santé publique est indéniablement important, on peut toutefois s'interroger sur la manière dont la jurisprudence semble cautionner une certaine dérive dans la gestion des questions de santé en droit interne. La protection de l'intérêt général permettant alors une restriction qui nous semble souvent injustifiée dans les droits individuels. Ainsi, les arguments utilisés dans l'affaire *Hristozov c. Bulgarie*<sup>(44)</sup>, dans laquelle la Cour juge que le refus des autorités de laisser les requérants, malades du cancer en phase terminale, utiliser des traitements expérimentaux offerts par des compagnies pharmaceutiques ne viole pas l'article 8, peinent à convaincre.

Outre la question de la confrontation entre les différents droits et intérêts, ce qui se joue dans une partie de jurisprudence relative au droit au respect de la vie privée c'est la controverse relative à la légitimité et au rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme, et donc à son autorité.

## **II. Le traitement jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée, révélateur des tensions relatives à l'autorité de la Cour**

Les tensions que connaît la Cour d'un point de vue politique induisent une inflexion de sa jurisprudence. Classiquement, ces tensions influencent l'exercice du contrôle de proportionnalité, par le biais de la variation de la marge nationale d'appréciation qui révèle les débats sur la légitimité de la juridiction européenne (A). Par ailleurs, au-delà de ces questions, le renouveau de l'attention portée au principe de subsidiarité entraîne une évolution de la jurisprudence, y compris dans des domaines où le rôle de la Cour ne semblait pas être particulièrement sensible (B).

### **A. Le recadrage du contrôle de proportionnalité ou la légitimité de la Cour européenne en question**

Les affaires impliquant le droit au respect de la vie privée révèlent en de nombreuses occasions des instances de conflits entre divers droits et intérêts publics et privés, pour lesquelles la Cour affirme l'allocation d'une marge d'appréciation, généralement ample, aux Etats. Toutefois, au-delà de ce critère dont la légitimité et l'application constante sont contestables, l'analyse des autres critères faisant varier l'étendue de la marge d'appréciation est plus intéressante. Elle illustre la tendance qui existe dans la jurisprudence de la Cour à un respect parfois trop zélé des sensibilités nationales. Les critères principaux utilisés pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation sont la nature du droit en jeu, la sensibilité ou la complexité des activités en cause et l'existence ou l'absence d'un consensus européen sur la question. Si la marge d'appréciation est généralement présentée comme un instrument permettant de concilier la nécessité du contrôle externe avec la responsabilité première des Etats dans la protection des droits et libertés, la difficulté principale vient de ce que la jurisprudence de la Cour sur cette question semble parfois plus guidée par des considérations politiques que juridiques. Les conséquences sur l'autorité de la Cour sont alors opposées. Si les Etats peuvent se réjouir d'une jurisprudence respectueuse de leurs particularités nationales et qu'ils jugeront alors légitime politiquement, la doctrine s'inquiète de la perte de cohérence de la jurisprudence impactant négativement la légitimité et l'autorité juridiques de la Cour. Le traitement jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée illustre de manière flagrante ces problématiques.

La manière dont la marge d'appréciation varie, conditionnant la sévérité du contrôle de proportionnalité, est déjà sujette à controverse. Outre l'absence de hiérarchie entre les critères de variation, nombreux sont ceux qui dénoncent l'instrumentalisation du consensus européen<sup>(45)</sup>. Si cette instrumentalisation a pu être critiquée alors qu'elle se réalisait au bénéfice d'une plus grande protection des droits de l'Homme, comme dans le cadre de la protection du droit à l'identité transgenre et du droit au mariage des transsexuels dans l'arrêt de Grande chambre *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*<sup>(46)</sup>, cette instrumentalisation du consensus peut également permettre à la Cour de ne pas condamner les Etats, ce d'autant plus que s'y ajouterait la sensibilité morale ou éthique de la question. Face à la résistance de certains Etats à l'égard de la jurisprudence de la Cour et aux tensions politiques qui existent, on peut craindre que ce mouvement ne se renforce. On trouve ainsi des exemples frappants de cette tendance, révélatrice de la volonté de la Cour de ne pas heurter les sensibilités nationales au risque de mettre en danger son autorité juridique, dans l'arrêt de Grande chambre, *A., B. et C. c. Irlande*<sup>(47)</sup> ou dans une moindre mesure dans l'arrêt *Dubeská* précité. Dans la première affaire, la Cour ignore l'impact du consensus européen en matière d'accès à l'avortement pour ne pas réduire l'ampleur de la marge d'appréciation accordée à l'Etat sur une question touchant au cœur des convictions religieuses de la majorité de la population. Cet arrêt a été jugé par beaucoup, y compris au sein de la Cour, comme étant incohérent par rapport aux principes classiques de la jurisprudence européenne. Il peut aussi être compris comme révélant que, contrairement à ce que l'on a pu penser, le consensus n'est pas le critère principal de l'analyse de l'étendue de la marge d'appréciation mais un critère

parmi d'autres <sup>(48)</sup>, pouvant être supplanté, au bénéfice de l'Etat, par celui de la sensibilité de la question sous examen ou, au bénéfice des requérants, par celui du caractère particulièrement important de l'intérêt individuel affecté par l'ingérence <sup>(49)</sup>. Dans la seconde affaire, c'est la manière dont le consensus est déterminé qui fait l'objet d'une controverse entre la majorité et la minorité, laquelle estime que l'analyse des droits nationaux révèle, au contraire de ce qu'affirme la majorité, un consensus européen en faveur de la non-interdiction de l'accouchement à domicile qui entre en collision avec l'interdiction *de facto* créée par les sanctions imposées au personnel médical en cas de participation à un accouchement à domicile.

Liée à la problématique de l'affirmation de l'illégitimité de la Cour à trancher certaines questions est celle de la transformation de son contrôle en un contrôle de type procédural ou formel. Ce report vers un contrôle procédural concerne deux réalités. L'une est en lien avec la question de la légitimité de la Cour en ce que, pour éviter de trancher un débat sensible, celle-ci préfère sanctionner l'Etat pour des questions de légalité ou de cohérence du droit interne. Ainsi en est-il, par exemple, de l'affaire *Costa et Pavan c. Italie* <sup>(50)</sup>, où la Cour censure l'incohérence du droit italien interdisant le diagnostic préimplantatoire alors qu'il autorise l'avortement et que l'ingérence dans l'article 8 était motivée par la protection du fœtus. Le déplacement du contrôle de la Cour vers un contrôle de type procédural renvoie également au débat relatif à l'évolution de son rôle, au nom du principe de subsidiarité, qui a le potentiel d'affecter, dans tous les domaines et pas uniquement ceux qui impliquent des questions morales et éthiques sensibles, la manière dont la Cour exerce son contrôle sur les autorités nationales.

### **B. La subsidiarité comme instrument de limitation du rôle de la Cour européenne**

Alors même que la jurisprudence relative à la protection de la vie privée ne touche pas à des questions sensibles, la jurisprudence de la Cour européenne connaît une évolution liée au renouveau du principe de subsidiarité. Plusieurs exemples peuvent être mentionnés pour illustrer cette évolution. En premier lieu, sont concernés par cette évolution les cas de conflit entre les articles 10 et 8 <sup>(51)</sup>. Cette jurisprudence a connu de nombreuses évolutions menant à la revalorisation à tour de rôle de l'article 8 puis de nouveau de l'article 10. Elle a été marquée par une rationalisation pédagogique des critères utilisés pour résoudre le conflit entre ces deux droits qui méritent *a priori* un égal respect. A cette méthodologie, précisant la manière dont le contrôle de proportionnalité devait être réalisé, a été adjointe l'affirmation du plus grand respect du principe de subsidiarité par la Cour, entraînant une prudence de sa part à substituer son appréciation à celle des juridictions nationales. Cette affirmation a été posée dans l'arrêt de Grande chambre *Von Hannover c. Allemagne n° 2* <sup>(52)</sup>. Il n'est pas anodin que cette jurisprudence ait été systématisée dans cette affaire après les tensions avec la Cour constitutionnelle créées par l'arrêt *Von Hannover n° 1* <sup>(53)</sup>. Elle a pourtant été aussitôt mise à mal par l'arrêt *Axel Springer c. Allemagne* rendu le même jour. Plusieurs affaires récentes sembleraient toutefois indiquer que la Cour souhaite désormais être plus fidèle à l'affirmation de l'arrêt *Von Hannover n° 2*. Ainsi, elle a récemment conclu en plusieurs occasions à la non-violation de la Convention, avec en filigrane de son constat l'importance du respect du principe de subsidiarité et la nécessité de réévaluer son rôle par rapport à celui des juridictions internes <sup>(54)</sup>.

Cette tendance jurisprudentielle concerne un domaine dont on a longtemps pensé qu'il ne pouvait échapper à la réévaluation systématique de la résolution du conflit par la Cour. Pour autant, la diversité des traditions nationales sur le sujet peut également expliquer le retour en grâce du principe de subsidiarité dans ce domaine, même si cela risque de brouiller le sens de la jurisprudence européenne. On peut cependant considérer que celle-ci s'inscrit dans l'aspect positif de la subsidiarité, à savoir la responsabilité partagée entre les autorités nationales et particulièrement les tribunaux et la Cour européenne dans la protection des droits conventionnels <sup>(55)</sup>. En effet, cette méthodologie se fonde sur le respect de l'autorité de la jurisprudence de la Cour et lui permet de sanctionner les Etats qui font preuve de légèreté dans l'application des critères systématisés pédagogiquement dans ses précédents <sup>(56)</sup>. Malheureusement l'unanimité au sein de la Cour n'est pas encore de mise et il apparaît que l'appréciation de la frontière entre respect de la subsidiarité et remise en cause de l'appréciation des juridictions nationales est une tâche délicate <sup>(57)</sup>. Cette relative incertitude de la jurisprudence de la Cour ne peut être complètement évitée au regard de l'appréciation nécessairement subjective des éléments factuels et juridiques des cas d'espèce. Toutefois, elle provient également de la division interne à la Cour quant à son rôle et à l'influence du principe de subsidiarité. L'arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* illustre cette divergence. Si cette division ne remet pas en cause l'autorité de cet arrêt de Grande chambre, elle complexifie la compréhension générale de la jurisprudence de la Cour. En effet, la variabilité de la position des juges européens sur le principe de subsidiarité et sur le rôle de la Cour ne pourra manquer d'affecter la prévisibilité de la jurisprudence européenne. Dans l'arrêt *Bărbulescu*, la majorité a conclu à la violation de l'article 8 par onze voix contre six. Pour ce faire, et malgré les rappels relatifs au rôle subsidiaire de la Cour notamment par rapport à l'appréciation des faits, et de manière similaire à sa méthode établie dans l'arrêt *Von Hannover n° 2*, la Cour pose une liste de critères qui auraient dû être utilisés par les juridictions internes. Si certains d'entre eux l'ont été, ce n'est pas, selon la majorité, le cas de tous, ce qui emporte le constat d'une insuffisante protection de l'article 8. Mais comme le révèle la minorité, derrière ce constat c'est en réalité la mise en cause de l'appréciation des faits par les juridictions nationales (et particulièrement du fait que le requérant était suffisamment averti que ses communications par le biais de l'ordinateur professionnel pouvaient être surveillées) qui est présente. Par ailleurs, la minorité estime qu'il n'y a pas de raisons de revenir sur la balance

des intérêts réalisées, contrairement à ce que dit la majorité, par les juridictions internes. Ces divergences révèlent la conception différente des juges européens des conséquences du principe de subsidiarité et du rôle de la Cour, cette fois-ci au bénéfice du contrôle exercé par la Cour mais peut-être pas de son autorité.

Conclusion : La jurisprudence de la Cour relative au droit au respect de la vie privée révèle ainsi le juste équilibre que la Haute juridiction s'efforce de rechercher entre défense de l'individu et nécessités de l'ordre public. Si cette recherche est déjà un exercice difficile, elle est rendue encore plus complexe par les contraintes politiques qui pèsent sur la Cour et qui ne se limitent plus aux domaines éthiquement ou moralement sensibles. Le renouveau du principe de subsidiarité complexifie encore la prévisibilité de la jurisprudence alors même que la frontière qu'il entend fixer ne se soumet pas facilement à un tracé clair. Plus qu'une frontière, la subsidiarité apparaît ainsi comme un horizon, c'est-à-dire une ligne imaginaire au niveau de laquelle rôle de la Cour et des autorités nationales se confondent et qui s'éloigne au fur et à mesure que l'observateur s'en approche.

---

<sup>(1)</sup> Cour EDH, *Biržietis c. Lituanie*, 14 juin 2016, req. n° 49304/09.

<sup>(2)</sup> Ce qui imposerait déjà que l'on puisse bien distinguer, dans la jurisprudence de la Cour, les limites entre les différents droits garantis par cet article.

<sup>(3)</sup> En ce sens, voy. également le discours du Président de la Cour, Guido Raimondi, lors de l'ouverture de l'année judiciaire 2018, disponible à [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/events&c=fr#n14532142899373077142046\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/events&c=fr#n14532142899373077142046_pointer), dernier accès le 27 février 2018.

<sup>(4)</sup> F. Sudre, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, n° 42, 2013. Sur ce sujet, voy. également R. Spano, « Universality or Diversity of Human Rights. Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, vol. 14, n° 3, 2014, p. 487-502.

<sup>(5)</sup> Voy., par ex., Cour EDH, GC, *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, req. n° 4149/04, §58 : « La Cour rappelle que la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive ».

<sup>(6)</sup> A ce titre, on peut préciser qu'après avoir intégré la réputation dans le champ de la vie privée, étendant l'applicabilité de l'article 8, la Cour impose maintenant aux ingérences dans ce droit d'atteindre un minimum de gravité pour entraîner son contrôle, limitant ainsi les revendications individuelles. Pour un exemple récent de ce rappel, voy. Cour EDH, *Fuchsmann c. Allemagne*, 19 oct. 2017, req. n° 71233/13, §30.

<sup>(7)</sup> Dans certaines affaires, la Cour EDH utilise le terme d'autodétermination, qu'elle qualifie même de droit. Voy., par ex., Cour EDH, GC, *Parrillo c. Italie*, 27 août 2015, req. n° 46470/11, §153, qui renvoie à l'arrêt *Pretty* lequel pourtant ne se fonde que sur l'autonomie personnelle, précisant qu'aucun droit à l'autodétermination n'a pour l'instant été découvert en tant que tel au titre de l'article 8, bien que cet article protège le droit au développement personnel.

<sup>(8)</sup> Voy. Cour EDH, GC, *Parrillo c. Italie*, préc., §158.

<sup>(9)</sup> Cour EDH, GC, *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, 15 nov. 2016, req. n° 28859/11 et 28473/12, §163. Pour la reconnaissance du principe selon lequel les conditions dans lesquelles on donne la vie font « partie intégrante » de la vie privée, voy. Cour EDH, *Ternovszky c. Hongrie*, 14 déc. 2010, req. n° 67545/09.

<sup>(10)</sup> Cour EDH, GC, *Bărbulescu c. Roumanie*, 5 sept. 2017, req. n° 61496/08.

<sup>(11)</sup> Ce qui n'a pas été sans susciter des interrogations quant à la pérennité de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur ce sujet, estimée moins protectrice de la vie privée de l'employé sur son lieu de travail. Voy. sur ce sujet J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « De l'accès des salariés à Internet à la rationalisation de l'influence de la Cour EDH sur les relations individuelles du travail », *JCP G*, n° 44-45, 2017. Toutefois, voy. Cour EDH, *Libert c. France*, 22 fév. 2018, req. n° 588/13. La Cour estime que la consultation hors de sa présence par son employeur (la SNCF), considéré comme une autorité publique, de fichiers informatiques enregistrés sur l'ordinateur professionnel de l'employé, sans être identifiés comme étant privés et révélant des contenus pornographiques, ne constitue pas une violation de l'article 8, par six voix contre une.

- (12) Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, §61 : « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8. »
- (13) La formule est moins directe, voy. §67 : « La Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. »
- (14) Voy. Cour EDH, GC, *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n° 46043/14, §98.
- (15) Voy. Cour EDH, *Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011, req. n° 31322/07, §51 ; Cour EDH, *Koch c. Allemagne*, 19 juillet 2012, req. n° 497/09, §52.
- (16) A l'instar du droit reconnu par l'article 15 de la DUDH.
- (17) Cour EDH, déc., *Karassev c. Finlande*, 12 janv. 1999, req. n° 31414/96.
- (18) Cour EDH, *Ramadan c. Malte*, 21 juin 2016, req. n° 76136/12.
- (19) Cour EDH, *Genovese c. Malte*, 11 oct. 2011, req. n° 53124/09.
- (20) Voy., par ex., le constat de non-violation dans l'arrêt *Ramadan c. Malte*, préc.
- (21) Cour EDH, GC, *E. B. c. France*, 22 janv. 2008, req. n° 43546/02.
- (22) Voy. Cour EDH, *Fretté c. France*, 26 fév. 2002, req. n° 36515/97.
- (23) Il ne faut pas voir dans l'utilisation de ce terme une critique de la jurisprudence de la Cour.
- (24) Sur ce sujet, voy. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'Homme, de quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11.
- (25) Cour EDH, GC, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 déc. 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, §103. Il s'agit de tester la cohérence de l'ingérence par rapport au but qu'elle poursuit.
- (26) Cour EDH, *Uzun c. Allemagne*, 2 sept. 2012, req. n° 35623/05, §78 et 80. Par ailleurs, la Cour souligne que les garanties concernant la surveillance par GPS peuvent être moins importantes que pour d'autres types de surveillance, considérées comme plus intrusives pour la vie privée car permettant le recueil de plus d'informations sur la personne surveillée (écoutes, enregistrement vidéo, etc.).
- (27) Cour EDH, GC, *Roman Zakharov c. Russie*, 4 déc. 2015, req. n° 47143/06.
- (28) Cour EDH, *Kennedy c. Royaume-Uni*, 18 mai 2010, req. n° 26839/05.
- (29) Voy. Cour EDH, GC, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, préc. ; *M. K. c. France*, 18 avril 2013, req. n° 19522/09, concernant le FAED ; *Brunet c. France*, 18 septembre 2014, req. n° 21010/10, concernant le STIC ; *Aycaguer c. France*, 22 juin 2017, req. n° 8806/12, concernant le FNAEG. Dans ce dernier arrêt, la Cour souligne notamment que la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel précisant, que le pouvoir réglementaire devait proportionner la durée de conservation des données personnelles à la nature ou à la gravité des infractions concernées, était restée sans effet et qu'aucune différenciation dans la durée de conservation n'était prévue en fonction de la nature et de la gravité des infractions commises. Comp. ces arrêts avec *Gardel c. France*, *B.B. c. France*, *M.B. c. France*, 17 décembre 2009, req. n° 16428/05, 5335/06 et 22115/06, concernant l'inscription au fichier des auteurs d'infraction sexuelle. La durée de conservation des informations de 30 ans maximum n'est pas jugée disproportionnée par la Cour, au regard de la finalité du fichier, de l'effacement des informations de droit à l'issue de cette durée et de l'existence d'une procédure d'effacement.
- (30) Voy., par exemple, Cour EDH, GC, *S et Marper*, préc., §104.
- (31) L'*Investigatory Powers Act* 2016 ouvre désormais un droit d'appel des décisions du *Tribunal* devant la *Court of Appeal* ou la *Court of Session* (pour l'Ecosse).
- (32) Cour EDH, *Sher et autres c. Royaume-Uni*, 20 oct. 2015, req. n° 5201/11, §174 : « Si l'article 8 devait être interprété comme imposant l'obligation de décrire en détail dans un mandat de perquisition les caractéristiques précises des éléments à rechercher et à saisir, l'efficacité des enquêtes portant sur des affaires où de nombreuses vies humaines sont potentiellement menacées s'en trouverait gravement compromise. Dans les affaires de cette nature, il y a lieu d'accorder à la police une certaine latitude pour apprécier, au vu de ce qu'elle découvre au cours d'une perquisition, quels éléments peuvent être liés à des activités terroristes et pour les saisir en vue d'un plus

ample examen. »

(33) Cour EDH, *Mennesson c. France et Labassee c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et 65941/11.

(34) Cour EDH, GC, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, req. n° 25358/12.

(35) L'applicabilité de l'article 8 sous l'angle de la vie familiale ayant été écartée par la Grande chambre et les griefs présentés au nom de l'enfant ayant été déclarés incompatibles *ratione personae* avec la Convention par la chambre.

(36) La Cour accepte que la mesure visait la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui, voy. §177.

(37) Sur ce sujet, voy. P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; P. Ducoulombier, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 319-349.

(38) Voy. Cour EDH, GC, *Parillo c. Italie*, préc., §174.

(39) Voy., par ex., Cour EDH, A.P., *Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, req. n° 79885/12 52471/13 52596/13, §123: « le droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée ».

(40) Voy., par ex., Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, req. n° 7525/76, §52 : « [...] la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2), des ingérences des pouvoirs publics. »

(41) Voy. Cour EDH, GC, *Parrillo c. Italie*, préc., §174. On relèvera avec F. Sudre l'incohérence de la Cour quant à l'appréciation de ce droit au stade de l'applicabilité et de l'application de l'article 8

(42) Cour EDH, GC, *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, préc.

(43) §182.

(44) Cour EDH, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, 13 nov. 2012, req. n° 47039/11 et 358/12.

(45) Voy., par ex., F. Sudre, « La mystification du « consensus » européen », *JCP G*, 2015, n° 50.

(46) Cour EDH, GC, *Christine Goodwin c. France*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95. Voy. également Cour EDH, *X. et autres c. Autriche*, 19 fév. 2013, req. n° 19010/07.

(47) Cour EDH, GC, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2012, req. n° 25579/05.

(48) En ce sens, voy. Laurèn Audouy, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse Montpellier, 2015.

(49) Comme, par ex., dans l'arrêt Cour EDH, A.P., *Garçon et Nicot c. France*, préc., relatif à la stérilisation des transsexuels.

(50) Cour EDH, *Costa et Pavan c. Italie*, 28 août 2012, req. n° 54270/10.

(51) A ce sujet, voy. P. Ducoulombier, « Les conflits de droits intéressant la liberté d'expression dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La liberté d'expression, une liberté menacée ?*, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Paris, Dalloz, vol. 4-2012, p. 37-46.

(52) Cour EDH, GC, *Von Hannover c. Allemagne* n°2, 7 fév. 2012, req. n° 40660/08 et 60641/08. Voy. également Cour EDH, GC, *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 fév. 2012, req. n° 39954/08.

(53) Cour EDH, *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004, req. n° 59320/00.

(54) Voy., par ex., *Axel Springer SE et RTL Television GmbH c. Allemagne*, 21 sept. 2017, req. n° 51405/12 et *Fuchsmann c. Allemagne*, préc.

(55) Voy. la déclaration de Bruxelles, « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'Homme, une responsabilité partagée », 27 mars 2015, disponible à [http://www.echr.coe.int/Documents/Brussels\\_Declaration\\_fra.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_fra.pdf), dernier accès le 27 fév. 2018.

(56) Voy. pour un constat de violation de l'article 8 pour non-respect des critères établis par la Cour, Cour EDH,

*Rubio Dosamantes c. Espagne*, 21 fév. 2017, req. n° 20996/10.

<sup>(57)</sup> Voy., par ex., Cour EDH, *Egill Einarsson c. Islande*, 7 nov. 2017, req. n° 24703/15, constatant une violation de l'article 8 par cinq voix contre deux.

# Le juge de l'Union et le droit au respect de la vie privée

Hélène Surrel

Professeure de droit public  
Sciences Po Lyon

Si l'arrêt fondateur de la protection communautaire des droits fondamentaux concernait bien, certes de manière implicite, le droit au respect de la vie privée <sup>(1)</sup>, « la conception 'européenne' de la vie privée » n'a encore trouvé, dans les années 2000, « qu'une très partielle traduction dans le droit communautaire des droits fondamentaux, tant dans sa dimension 'personnelle' que dans sa dimension 'sociale' » <sup>(2)</sup>. Et si la jurisprudence a connu, depuis lors, un certain développement, elle demeure, cependant, beaucoup moins abondante et variée - sauf, sans doute, s'agissant du droit à la protection des données à caractère personnel - que celle de la Cour EDH, qui se caractérise presque par un « trop plein ». En tout état de cause, le droit au respect de la vie privée, terrain de prédilection des conflits de droits, constitue bien l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » comme l'affirme explicitement la CJCE dans un arrêt *Commission c/ Allemagne* du 8 avril 1992 <sup>(3)</sup>. Et bien que moins développée, la jurisprudence luxembourgeoise n'en suscite pas moins l'intérêt d'autant qu'elle recèle des aspects originaux, voire même novateurs, s'agissant notamment de la reconnaissance de la vie privée des entreprises.

Elle s'inscrit, on le sait, dans un cadre différent de celui de la protection garantie par la Cour de Strasbourg ne serait-ce que parce que cette protection est le fait d'un juge qui n'est pas spécialisé en matière de droits de l'homme <sup>(4)</sup> et dont la compétence est moins étendue puisqu'il faut que la situation en cause entre dans le champ d'application du droit de l'UE ou, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, constitue une mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (CDFUE), pour que la Cour de justice puisse contrôler le respect effectif des droits fondamentaux. En outre, à la différence de la Cour européenne qui garantit le droit au respect de la vie privée sur le fondement du seul article 8 de la CEDH, les normes de référence sont, ici, plurielles et en constante évolution. D'abord garanti *via* les principes généraux du droit, le droit au respect de la vie privée l'est désormais au regard de la Charte, hissée au rang du droit originaire par le traité de Lisbonne (art. 6 § 1 du TUE), *via* les articles 7 sur le droit au respect de la vie privée et familiale et 8 sur le droit à la protection des données à caractère personnel <sup>(5)</sup>. Et ces dispositions ne garantissent pas le même type de droit. Aux termes des *Explications* - dont il doit être dûment tenu compte pour l'interprétation de la Charte -, l'article 7 est un « droit correspondant » au sens de l'article 52 § 3 de la Charte, ce qui implique que son sens et sa portée sont les mêmes que ceux que leur confère la CEDH, faisant dès lors de la Convention un standard minimal. En revanche, tel n'est pas le cas de l'article 8. Mais au-delà de la qualification ou pas de « droit correspondant », les interactions entre les deux cours européennes sont importantes, la CJUE se référant également à la jurisprudence strasbourgeoise en matière de protection des données à caractère personnel.

Il faut aussi rappeler que, dans le cadre de l'Union, certains droits sont également garantis par le droit originaire, comme le droit à la protection des données à caractère personnel avec l'article 16 du TFUE, et, surtout, que ceux-ci peuvent être consacrés par des actes de droit dérivé, s'agissant d'une organisation supranationale. Et la Cour peut consacrer l'effet direct de leurs dispositions, comme, par exemple, l'article 7 f) de la directive 95/46/CE de 1995 dans l'arrêt *ASNEF et a.* du 24 novembre 2011 <sup>(6)</sup>. Par ailleurs, comme dans le cadre de la CEDH avec l'article 14 combiné avec l'article 8, les clauses de non-discrimination figurant dans le TFUE et la Charte peuvent être mobilisées de même que les dispositions sur la citoyenneté européenne. Dans cette perspective, le droit au respect de la vie privée peut être garanti soit de manière directe, soit indirectement, sa protection pouvant donc, dans certains cas, être seulement implicite.

Les voies de recours sont également spécifiques, la jurisprudence résultant sans doute prioritairement d'arrêts préjudiciels mais aussi de recours en annulation ou d'arrêts en manquement d'Etat. Le cadre de la protection est donc bien différent et la jurisprudence luxembourgeoise ne présente sans doute pas la même unité que celle de la Cour européenne. Pour autant, la convergence des standards européens est bien réelle s'agissant du droit au respect de la vie privée. Les deux cours appréhendent, en effet, la « vie privée » dans une approche plurielle - prenant en compte ses différentes dimensions : vie privée *stricto sensu*, protection des données à caractère personnel, vie privée « sociale » - mais, en outre, la convergence est aussi constatée quant au niveau de protection garanti, que ce soit pour le volet substantiel ou les garanties procédurales, et donc les méthodes de contrôle.

A l'instar de la Cour EDH, la CJUE adopte une approche large et résolument protectrice du droit au respect de la vie privée, dans ses deux dimensions. Aussi, la jurisprudence relative au volet personnel de la vie privée présentée (I), la dimension « sociale » sera-t-elle évoquée (II).

## I - La dimension personnelle de la vie privée

Relativement peu abondante au regard de celle foisonnante de la Cour de Strasbourg, la jurisprudence porte sur le respect de l'intégrité physique et morale de la personne et, de manière assez prédominante ces dernières années, sur la protection des données personnelles.

### A. Le respect de l'intégrité physique et morale

La « vie privée » recouvrant, comme pour la Cour européenne, l'intégrité physique et morale de la personne et comprenant la vie sexuelle <sup>(7)</sup>, les trois aspects de la dimension personnelle de la vie privée à propos desquels la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer seront successivement évoqués.

#### 1) Le droit de tenir son état de santé secret

Avant même la Cour européenne <sup>(8)</sup>, la CJCE a consacré le droit de tenir son état de santé secret dans l'arrêt *X. c/ Commission*. A ses yeux, « le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CEDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, constitue l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » et comprend le droit d'une personne de tenir secret son état de santé (pt 17) <sup>(9)</sup>. En l'espèce, un pourvoi avait été formé à l'encontre d'un arrêt du Tribunal de première instance refusant d'annuler une décision de la Commission par laquelle elle avait refusé d'engager le requérant en qualité d'agent temporaire. Soumis à un examen médical en vue de son recrutement, ce dernier avait refusé d'être soumis à un test de dépistage du SIDA mais le médecin avait, néanmoins, pratiqué, sans son consentement, un examen biologique qui avait permis de conclure que le requérant était atteint de cette maladie, ce qui avait conduit à la déclarer inapte. Or, pour la Cour, le droit au respect de la vie privée exigeait que son refus soit totalement respecté. Avec cette première affaire, la garantie du droit au respect de la vie privée est placée dans la droite ligne du contrôle opéré par la Cour européenne, l'atteinte devant être nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

Au-delà de cette jurisprudence fondatrice, la Cour de justice veille plus particulièrement à garantir un respect effectif de l'intégrité physique et morale de la personne et de la liberté de la vie sexuelle.

#### 2) La protection des personnes vulnérables

Particulièrement attentive, comme la Cour de Strasbourg <sup>(10)</sup>, à la protection de la vie privée des personnes vulnérables, la CJUE a rendu des décisions intéressant les mineurs victimes de mauvais traitements et les demandeurs d'asile.

Concernant les premiers, elle privilégie une approche protectrice dans l'affaire *Pupino* dans laquelle elle interprète la décision-cadre du Conseil, du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, de manière à ce que le droit au respect de la vie privée des victimes soit respecté <sup>(11)</sup>. En l'espèce, était en cause une procédure pénale à l'encontre d'une enseignante d'école maternelle accusée d'avoir infligé des blessures et des actes de maltraitance à des enfants âgés de moins de cinq ans.

Alors que le droit italien permettait au juge chargé des enquêtes préliminaires d'anticiper l'établissement de la preuve par le biais d'une procédure incidente d'administration anticipée de la preuve, la Cour de Luxembourg était, ici, interrogée sur la compatibilité avec la décision-cadre de la possibilité d'autoriser des enfants, victimes de mauvais traitements, à faire leur déposition selon des modalités permettant de les protéger, soit en dehors de l'audience publique et avant la tenue de celle-ci. Au regard de la vulnérabilité des intéressés et afin de respecter leur dignité, elle répond positivement à condition, toutefois, de respecter l'article 6 de la CEDH tel qu'interprété par la Cour européenne <sup>(12)</sup>.

La vulnérabilité des demandeurs d'asile la conduit également à faire preuve d'une grande vigilance, en protégeant la liberté de leur vie sexuelle, ce dont attestent trois affaires. Le droit à la liberté de la vie sexuelle n'est, cependant, pas protégé en tant que tel par la Cour de justice, la jurisprudence relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle concernant, en effet, des droits patrimoniaux et non le droit au respect de la vie privée <sup>(13)</sup>.

Appelée à se prononcer sur l'interprétation de la directive du 29 avril 2004 dite « Qualification » <sup>(14)</sup> à propos du refus de permis de séjour temporaire en raison de l'absence avérée de risques de persécutions dans les affaires *Minister voor Immigratie en Asiel c/ X., Y. et Z c/ Minister voor Immigratie en Asiel*, la CJUE se prononce, pour la première fois, sur la reconnaissance du statut de réfugié à des personnes homosexuelles <sup>(15)</sup>. Ici, les requérants avaient demandé à bénéficier du statut de réfugié, craignant d'être persécutés dans leurs pays d'origine en raison

de leur homosexualité. Interprétant la directive en conformité avec la Convention de Genève relative au statut des réfugiés (28 juillet 1951) mais aussi la CDFUE visée par le législateur de l'Union, le juge de Luxembourg devait tout d'abord déterminer si les intéressés, en tant que personnes homosexuelles, craignaient d'être persécutés à raison de leur appartenance à « un certain groupe social » au sens de la directive (art. 2 c)) et de la Convention de Genève. Or, tel est bien le cas à ses yeux. D'une part, l'orientation sexuelle d'une personne « constitue une caractéristique à ce point essentielle pour son identité qu'il ne devrait pas être exigé qu'elle y renonce » (pt 46). D'autre part, le groupe dont les membres partagent la même orientation sexuelle a son identité propre dans le pays d'origine. Dès lors, l'existence d'une législation pénalisant les relations homosexuelles conduit à considérer que ces personnes forment bien « un certain groupe social ». La CJUE devait ensuite déterminer si la pénalisation des actes homosexuels assortie d'une peine d'emprisonnement constituait bien un acte de persécution au sens de la directive (art. 9 § 1) et de la Convention de Genève (art. 1<sup>er</sup>, section A). Prenant appui sur le droit au respect de la vie privée et familiale énoncé aux articles 8 de la CEDH et 7 de la Charte, le cas échéant lu en combinaison avec le principe de non-discrimination, elle estime, dans le droit fil de la jurisprudence strasbourgeoise, que la seule pénalisation ne permet pas de conclure à un acte de persécution, le seuil de gravité nécessaire n'étant pas atteint <sup>(16)</sup>. En revanche, on est bien en présence d'un tel acte du fait de la peine d'emprisonnement, à condition, toutefois, qu'elle soit effectivement appliquée. Pareille sanction, disproportionnée et discriminatoire viole, en effet, les articles 8 de la CEDH et 7 de la CDFUE.

Dans l'affaire *A. B. et C.*, la CJUE a ensuite été interrogée sur les méthodes susceptibles d'être employées pour s'assurer de l'orientation sexuelle de demandeurs d'asile <sup>(17)</sup>. Là aussi, son approche est particulièrement protectrice du droit au respect de la vie privée. Elle estime, en effet, que les interrogatoires, en vue d'une évaluation de leur situation, relatifs aux « détails des pratiques sexuelles » sont contraires à l'article 7 de la Charte. En outre, sauf à porter atteinte à la dignité humaine, les autorités nationales ne peuvent accepter, comme le proposaient les requérants, l'accomplissement d'actes homosexuels, leur soumission à des « tests » ou la soumission de preuves telles que des enregistrements vidéo de leurs actes sexuels. Et de relever que le fait qu'un demandeur d'asile n'ait pas évoqué d'emblée son homosexualité ne peut, à lui seul, entacher sa crédibilité.

Plus récemment, le juge de l'Union, a été appelé à déterminer si l'article 4 de la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 <sup>(18)</sup> s'opposait à ce que à ce que l'autorité responsable de l'examen des demandes de protection internationale ou les juridictions saisies de recours contre ses décisions ordonnent une expertise dans le cadre de l'évaluation des faits et circonstances relatifs à l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile et également si elle s'opposait à la réalisation et l'utilisation d'une expertise psychologique <sup>(19)</sup>. Etait en cause, ici la décision de l'office hongrois de l'immigration et de la nationalité rejetant la demande d'asile introduite par F. et constatant qu'il n'y avait pas d'obstacle à son refoulement. Craignant d'être persécuté en raison de son homosexualité dans son pays d'origine, l'intéressé avait déposé une demande d'asile mais l'office avait conclu, sur la base d'une expertise réalisée par un psychologue, à l'absence de crédibilité de son témoignage. Il s'estimait, dès lors, victime d'une violation de ses droits fondamentaux en raison des tests psychologiques qu'il avait subis, considérant, en outre, que ces derniers ne permettaient pas d'apprécier la vraisemblance de son orientation sexuelle.

Après avoir rappelé que l'orientation sexuelle constitue bien une caractéristique susceptible d'établir l'appartenance d'un demandeur à « un certain groupe social », la Cour relève qu'il n'est pas toujours nécessaire, afin de se prononcer sur une demande de protection internationale motivée par une crainte de persécution en raison de l'orientation sexuelle, d'apprécier la crédibilité de l'orientation sexuelle du demandeur lors de l'évaluation des faits et circonstances prévue par la directive (art. 4). En effet, il est indifférent que ce dernier possède effectivement la caractéristique liée à l'appartenance à un certain groupe social si celle-ci lui est bien attribuée par l'auteur de la persécution. En tout état de cause, la directive (art. 4) n'exclut pas le recours à des expertises lorsqu'il s'agit de déterminer les besoins de protection internationale réels du demandeur. Cependant, le recours éventuel à celles-ci est conditionné par la garantie du droit au respect de la dignité humaine et du droit au respect de la vie privée et familiale énoncés par la Charte (art. 1<sup>er</sup> et 7), les modalités d'appréciation des déclarations et des éléments de preuve devant, par ailleurs, être adaptées en fonction des caractéristiques propres à chaque catégorie de demande de protection internationale. En outre, l'autorité compétente, devant tenir compte des différents éléments à sa disposition, « ne saurait fonder sa décision sur les seules conclusions d'un rapport d'expertise » (pt 42).

Interrogée ensuite sur la question de savoir si l'article 4 de la directive s'oppose à la réalisation et l'utilisation d'une expertise psychologique ayant pour objet de fournir, sur la base de tests projectifs de la personnalité, une image de l'orientation sexuelle du demandeur, la Cour relève que ce dernier doit être interprété à la lumière du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 7 de la Charte. Si la réalisation de pareille expertise est formellement soumise au consentement des intéressés, il est évident que le « consentement n'est pas nécessairement libre, étant de facto, imposé sous la pression des circonstances dans lesquelles se trouvent les demandeurs de protection internationale ». Elle constitue, dès lors, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée (pt 53). Or, celle-ci revêt un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi, soit la recherche d'éléments permettant d'apprécier les besoins réels de protection internationale du demandeur. En premier lieu,

l'expertise litigieuse ne semble pas présenter un caractère approprié en étant « fondée sur des méthodes et des principes suffisamment fiables au regard des normes admises par la communauté scientifique internationale » (pt 58). En second lieu, au regard de la « gravité particulière » de l'ingérence dénoncée, son incidence sur la vie privée du demandeur apparaît démesurée par rapport au but poursuivi (pt 60). L'expertise repose, en effet « sur le fait que la personne concernée se soumet à une série de tests psychologiques destinés à établir un élément essentiel de l'identité de cette personne qui a trait à sa sphère personnelle en tant qu'il se rapporte à des aspects intimes de la vie de ladite personne » (pt 61). Elle dépasse donc ce qu'implique l'évaluation des déclarations de l'intéressé. En outre, elle n'est pas « indispensable », la réalisation d'un entretien personnel mené par le personnel de l'autorité responsable étant suffisante. Et même à supposer qu'une telle expertise puisse s'avérer utile, son « caractère approximatif » et son « intérêt limité » pour apprécier les déclarations du demandeur, particulièrement lorsque celles-ci sont dénuées de contradictions, la rend incompatible avec la directive lue à la lumière de l'article 7 de la Charte.

### 3) La protection de la réputation et de l'image

Comme la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(20)</sup>, la CJUE inclut implicitement le droit à la protection de la réputation dans la vie privée au regard des articles 8 de la CEDH et 7 de la Charte dans l'affaire *M. c/ Médiateur* relative à l'action en réparation d'un fonctionnaire du fait du préjudice subi en raison de sa désignation nominative dans une décision du Médiateur européen, publiée sur son site Internet, sur des cas de mauvaise administration imputés à la Commission<sup>(21)</sup>. Ce droit est également garanti dans sa dimension procédurale comme en témoigne l'arrêt *Abdulbasit Abdulrahim c/ Conseil et Commission*<sup>(22)</sup>. En l'espèce, inscrit sur une « liste noire » et ayant, à ce titre, subi un gel de ses fonds, le requérant alléguait une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée. Mais, dans la mesure où il avait ensuite été radié de la liste, le Tribunal avait conclu qu'il n'y avait pas lieu à statuer. Aussi invoquait-il une violation du droit à un recours juridictionnel effectif et du droit au respect de la vie privée, pointant une violation continue de ce dernier et demandant notamment à pouvoir réhabiliter sa réputation et à mettre fin aux obstacles à son embauche. Son recours est accueilli par la Cour qui constate la persistance de son intérêt à agir. Elle considère, en effet, que « l'opprobre et la méfiance qui accompagnent la désignation publique des personnes visées comme étant liées à une organisation terroriste » doivent être prises en considération (pt 70). Certes, « la reconnaissance de l'illégalité de l'acte attaqué ne peut, en tant que telle, réparer un préjudice matériel ou une atteinte à la **vie privée**, elle est néanmoins de nature (...) à le réhabiliter ou à constituer une forme de réparation du préjudice moral (que le requérant) a subi du fait de cette illégalité, et à justifier ainsi la persistance de son intérêt à agir » (pt 72)<sup>(23)</sup>.

Par ailleurs, la protection du droit à l'image est garantie par le Tribunal dans l'affaire *Perez Gutierrez*<sup>(24)</sup>. A ses yeux, la « sphère privée », protégée par l'article 7 de la Charte, englobe bien « l'image d'une personne dans une société démocratique » (pt 30). En l'espèce, était en cause un recours en indemnité contre la Commission au motif que celle-ci aurait utilisé une photographie du mari de la requérante, décédé d'un cancer, dans le cadre d'un programme relatif au conditionnement des produits du tabac.

Retenant donc, comme la Cour de Strasbourg, une acception large de la vie privée dans sa dimension personnelle, le juge de l'Union en limite, cependant, légitimement l'étendue dans certains cas. Ainsi lorsqu'il considère que la décision de gel des fonds d'un homme d'affaires syrien proche de Bachar Al Assad ne porte pas atteinte à la vie privée au motif de la réduction du niveau de vie de l'intéressé. La vie privée n'a, en effet, pas pour « vocation de protéger le justiciable contre une perte de son pouvoir d'achat »<sup>(25)</sup>. En outre, s'agissant ici d'un « droit correspondant », la Cour de justice fait application de la « grille de contrôle » de la Cour européenne, reprise à l'article 52 § 1 de la Charte. Toute limitation dans l'exercice des droits et libertés doit ainsi « être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés », les limitations ne pouvant être apportées, dans le respect du principe de proportionnalité, « que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Egalement traditionnellement rattachée à la dimension personnelle de la vie privée, la protection des données à caractère personnel a suscité une jurisprudence importante - tant sur le plan quantitatif que qualitatif - et surtout fait l'objet d'une protection singulière.

#### **B. La protection singulière des données personnelles**

La protection des données à caractère personnel s'inscrit, au sein de l'Union européenne dans un contexte particulier. Dans un espace où les données circulent librement, le fait d'assurer un niveau de protection élevé et uniforme - notamment *via* la directive 95/46/CE et, à l'avenir, le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016<sup>(26)</sup>, et en s'inspirant de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe - doit, en effet, permettre d'éviter, au motif d'une protection insuffisante, des entraves à la liberté de circulation au sein du marché intérieur.

Bien évidemment, le propos ne vise pas, ici, à évoquer de manière exhaustive, la jurisprudence de la Cour de justice mais plutôt de mettre l'accent sur la singularité de la protection en ce qu'elle mêle la prise en compte de la

CEDH et l'application des normes pertinentes de l'Union et d'évoquer, plus particulièrement, l'appréhension résolument large du champ de la protection qu'elle privilégie et les modalités de son contrôle.

## 1) Une appréhension large du champ de la protection

L'appréhension large du champ de la protection concerne tant les données en jeu que les traitements concernés.

### a) La variété des données

Comme la Cour de Strasbourg, la CJUE retient une définition large de la garantie, ce qui conduit à la protection de données très variées. Aux termes de la directive 95/46/CE, est une donnée à caractère personnel « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (art. 2a)). Réceptionnant ainsi l'apport de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, les Communautés prennent donc non seulement en compte les données relatives à la vie privée mais aussi toutes les données relatives à des personnes que celles-ci identifient ou rendent identifiables. Et avant même l'adoption de la directive 95/46/CE et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(27)</sup>, la CJCE consacre, en 1992, le droit à la protection du secret médical, à l'occasion d'un contentieux relatif à la libre circulation des marchandises, droit qui est « l'un des aspects du droit au respect de la vie privée »<sup>(28)</sup>.

D'autres données particulièrement sensibles sont également protégées. Ainsi en est-il des données biométriques dans l'affaire *Schwarz c/ Stadt Bochum* intéressant le refus d'une personne que ses empreintes digitales soient relevées lors de la délivrance d'un passeport<sup>(29)</sup>. Interrogée sur la validité de l'article 1<sup>er</sup> du règlement (CE) n° 2252/2004<sup>(30)</sup> au regard des articles 7 et 8 de la Charte, la Cour rappelle tout d'abord que les empreintes digitales contiennent des « informations uniques » relatives à la personne (pts 26 et 27). Et, dès lors, que le règlement impose que les autorités nationales les relèvent et les stockent, il existe bien une atteinte aux droits conférés par la Charte. Prenant appui sur la jurisprudence strasbourgeoise<sup>(31)</sup>, elle estime ensuite que l'ingérence, prévue par la loi, visait légitimement la prévention de la falsification et de l'utilisation frauduleuse des documents et a revêtu un caractère proportionné. N'affectant pas la substance des droits en cause, elle était, en outre, apte à réaliser les buts visés et n'allait pas au-delà de ce qui est nécessaire puisque la seule autre technique susceptible d'être utilisée - la saisie d'une image de l'iris de l'œil -, non seulement était plus onéreuse mais, en outre, conduisait à une atteinte de même ampleur. Par ailleurs, les données personnelles « sont conservées sur un support de stockage intégré dans le passeport et hautement sécurisé », « lequel demeure la possession exclusive de son titulaire » et non d'un tiers (pts 57 et 60)<sup>(32)</sup>.

La Cour considère aussi dans l'affaire *Rynes*, à propos d'un système de surveillance par caméra avec enregistrement, que l'image d'une personne enregistrée par une caméra constitue une donnée à caractère personnel au sens de la directive 95/46/CE « dans la mesure où elle permet d'identifier la personne concernée »<sup>(33)</sup>.

Par ailleurs, sont également concernées les données des dossiers passagers (données PNR) comme dans l'avis 1/15 relatif au projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement des données des « dossiers passagers »<sup>(34)</sup>.

D'autres données que celles « sensibles » bénéficient évidemment d'une protection. Pour la Cour de justice, des informations peuvent, en effet, concerner la « vie privée » même s'il ne s'agit pas d'informations ayant un tel caractère et que les intéressés aient ou non subi un préjudice du fait d'une ingérence. Reprenant à son compte l'interprétation de la Cour européenne, pour laquelle des données de nature publique peuvent relever de la « vie privée »<sup>(35)</sup>, elle considère donc, dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk et a.*, que « la collecte de données nominatives relatives aux revenus professionnels d'un individu, en vue de les communiquer à des tiers, entre dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH »<sup>(36)</sup>. Etait en cause, ici, la transmission au public par la Cour des comptes autrichienne de données relatives aux rémunérations versées par des organismes publics soumis à son contrôle à des employés lorsque ces rémunérations dépassaient un certain montant et du nom des bénéficiaires.

Le fait que les données en jeu soient relatives à des activités professionnelles est donc indifférent, ce qui est confirmé dans l'affaire *Volker und Markus Schecke GbR et Eifert* à propos de l'examen de la validité de règlements communautaires qui, pour garantir la transparence de l'utilisation des fonds de la PAC, imposaient la publication, sur un site internet, de données personnelles concernant leurs bénéficiaires - leurs noms et les montants perçus au titre du FEAGA et du FEADER<sup>(37)</sup>. Il peut s'agir aussi de données fiscales relatives à des revenus provenant d'activités indépendantes<sup>(38)</sup> ou encore, comme dans l'affaire *Manni*, de données liant le requérant à la faillite d'une société dont il était l'administrateur unique et figurant dans le registre des sociétés<sup>(39)</sup>. Et, comme pour la Cour européenne, des données publiques sont aussi susceptibles d'être protégées, comme dans l'affaire *Satakunan Markkinapöytäryhmä Oy et Satamedia*, relative à la diffusion de données nominatives sur les revenus de plus d'un 1,2 million de personnes dont les revenus excédaient un certain montant<sup>(40)</sup>.

Evidemment, une jurisprudence assez abondante concerne l'utilisation de l'Internet. Il peut s'agir des données que les fournisseurs d'accès ont l'obligation de conserver, des métadonnées sans qu'il y ait un accès au contenu des communications, parmi lesquelles le nom et l'adresse de l'abonné, le numéro de téléphone de l'appelant ou encore le numéro appelé comme dans l'affaire *Digital Rights Ireland Ltd*. La particulière gravité de l'ingérence en la matière est soulignée par la CJUE, ces données fournissant de nombreuses informations sur la vie privée des intéressés, sur leurs habitudes de vie, leurs activités ou leurs déplacements <sup>(41)</sup>. Comme elle le relève, dans l'affaire *Scarlet Extended SA c/ SABAM*, les adresses IP des clients des fournisseurs d'accès à l'Internet « permettent l'identification précise » des utilisateurs <sup>(42)</sup>. Les données référencées sur les services de *Google* étaient, par ailleurs, en cause dans l'important arrêt *Google Spain SL et Google Inc* <sup>(43)</sup>, de même que celles collectées sur *Facebook* dans l'affaire *Schrems* <sup>(44)</sup>.

Par ailleurs, la protection est étendue, mais dans une moindre mesure, aux personnes morales si leur nom permet d'identifier une ou plusieurs personnes physiques comme dans l'affaire précitée *Volker und Markus Schecke GbR et a.* <sup>(45)</sup>.

Le droit au respect de la vie privée s'étend aussi au passé comme le précise la Cour dans l'affaire *Rijkeboer*, les Etats étant tenus, au regard de la directive 95/46/CE (art. 12 a)) de garantir un juste équilibre entre l'intérêt de la personne concernée à protéger sa vie privée, et donc de connaître le contenu et les destinataires de ses données, et la charge que représente l'obligation de conservation des données pour le responsable de leur traitement <sup>(46)</sup>. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, sauf à démontrer qu'une durée de conservation plus longue constituerait une charge excessive, lorsqu'une réglementation limite la conservation de l'information sur les destinataires de données et le contenu des données transmises à une durée d'un an et, partant, l'accès à cette information, alors que les données sont conservées beaucoup plus longtemps. Etait en cause, en l'espèce, un litige opposant le requérant au collège des bourgmestres et échevins de Rotterdam au sujet du refus de ce dernier de lui donner accès à l'information faite à des personnes tierces de ses données personnelles - en particulier la communication de son ancienne adresse - au cours des deux années précédant sa demande d'information.

## **b) Les traitements de données**

L'approche de la Cour de justice s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour EDH pour laquelle la mémorisation comme la communication de données à caractère personnel porte atteinte au droit au respect de la vie privée <sup>(47)</sup>. Il faut dire que la directive 95/46/CE (art. 2 b)), retient une définition large de la notion de traitement de données puisqu'il s'agit de « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

Bien évidemment, la Cour de justice a été confrontée à des traitements de différente nature, dont les auteurs étaient non seulement des personnes publiques mais aussi des personnes privées, exerçant ou non une activité lucrative. Ainsi un système de surveillance par caméra avec enregistrement placé au domicile d'un particulier entre dans le champ d'application de la directive 95/46/CE si, comme en l'espèce, des suspects ont pu être appréhendés alors qu'ils se trouvaient sur la voie publique au moment des faits litigieux et lorsqu'ils ont été filmés et enregistrés par ce système <sup>(48)</sup>.

Quelques exemples permettent d'illustrer la variété des traitements en jeu, traitements qui ne se limitent pas aux traitements automatisés comme en témoigne l'affaire *Lindqvist* dans laquelle l'intéressée était accusée d'avoir violé la législation suédoise en publiant sur son site Internet des données à caractère personnel concernant des personnes bénévoles, comme elle, dans une paroisse de l'Église protestante de Suède <sup>(49)</sup>. Il peut s'agir de la conservation de données et de l'accès à celles-ci par les autorités nationales compétentes aux fins de lutter contre la criminalité, comme dans l'affaire *Tele2 Sverige AB et a.*, dans laquelle était en cause l'obligation générale imposée aux fournisseurs de services de communications électroniques, dans deux Etats membres - la Suède et le Royaume-Uni - de conserver les données relatives à ces communications <sup>(50)</sup>. Peut être aussi en cause la diffusion de données au public comme dans les affaires précitées *Österreichischer Rundfunk et a.* et *Volker und Markus Schecke GbR et a.* Il peut également s'agir de l'activité d'un moteur de recherche qui, en tant que fournisseur de contenus, trouve des informations publiées sur Internet par des tiers, les indexe de manière automatique, les stocke temporairement et les met à disposition des internautes selon un ordre de préférence donné, comme dans l'affaire précitée *Google Spain SL et Google Inc*. En l'espèce, le requérant se plaignait du fait que lorsque l'on tapait son nom sur le moteur de recherches, ce dernier renvoyait à des quotidiens en ligne mentionnant son nom à propos d'une vente immobilière aux enchères en lien avec une saisie pratiquée en recouvrement de dettes. Or, pour la Cour, ces différentes opérations sont des traitements au sens de la directive 95/46/CE dont l'exploitant du moteur de recherche est responsable (pt 28).

La jurisprudence porte également sur les traitements de données consistant en des transferts de celles-ci. Ainsi en est-il, par exemple, du transfert de données, en vue de leur traitement, entre deux administrations d'un Etat membre, sans information préalable des intéressés (arrêt précité *Bara et a.*). Le transfert de données par une entité privée vers un Etat tiers entre également dans le champ de protection, ce qu'illustre notamment l'affaire précitée *Schrems* dans laquelle étaient en cause le transfert par *Facebook Ireland Ltd* des données de ses utilisateurs vers les Etats-Unis et leur conservation dans des serveurs situés dans cet Etat. Ici, la Cour de justice juge invalide la décision 2000/520/CE, du 26 juillet 2000, de la Commission, qui avait, à tort, considéré que les Etats-Unis offraient un niveau de protection « adéquat » des droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel notamment *via* le respect des « principes de la sphère de sécurité relatifs à la protection de la vie privée ». On peut citer également les transferts des données PNR à l'autorité canadienne compétente prévus par le projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne en cause dans l'avis précité 1/15. Les exemples pourraient être multipliés à l'infini.

On le voit, à l'instar de la Cour européenne, le champ de la protection est donc appréhendé de manière extensive. Les modalités de contrôle traduisent aussi une convergence des jurisprudences européennes.

## 2) Les modalités du contrôle

Les modalités de contrôle se caractérisent par l'entremêlement des droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles et par un examen approfondi des atteintes.

### a) La combinaison des droits

La jurisprudence de la Cour de justice se caractérise par une imbrication des droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. Cela tient sans doute à la façon dont s'est construit le système communautaire de protection des droits fondamentaux *via* les principes généraux du droit. Elle porte, en effet, l'empreinte de l'influence initiale de la Cour européenne qui consacre le droit à la protection des données personnelles au regard de l'article 8 de la CEDH comme une atteinte au droit au respect de la vie privée (arrêt précité *Leander*). La Cour de justice consacre d'abord cette protection implicitement<sup>(51)</sup> puis explicitement avec l'arrêt précité *Österreichischer Rundfunk et a.*

A la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui confère à la Charte des droits fondamentaux la même valeur juridique que les traités (art. 6 § 1 du TUE), la Cour se réfère à la fois aux articles 7 sur le droit au respect de la vie privée - « droit correspondant » - et à l'article 8 sur le droit à la protection des données à caractère personnel. Ainsi, dans la première affaire postérieure au 1<sup>er</sup> décembre 2009 - l'affaire précitée *Volker und Markus Schecke GbR et a.* - se fonde-t-elle sur les dispositions de la Charte alors même que la juridiction de renvoi se référait à l'arrêt *Österreichischer Rundfunk et a.* et, donc, en substance à l'article 8 de la CEDH. Toutefois, alors même que le droit énoncé à l'article 8 de la Charte n'est pas identifié comme étant un « droit correspondant », elle souligne que ce dernier « est étroitement lié au droit au respect de la vie privée consacré à l'article 7 » (pt 47). Aussi la Cour se réfère-t-elle ensuite à l'article 52 § 3 de la Charte sur les « droits correspondants », affirmant que, « (d)ans ces conditions, il doit être considéré, d'une part, que le respect du droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, reconnu par les articles 7 et 8 de la charte, se rapporte à toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » conformément à la jurisprudence de la Cour européenne à laquelle la CJUE renvoie, et, d'autre part, que les limitations qui peuvent être « apportées au droit à la protection des données à caractère personnel, correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la CEDH » (pt 52).

L'arrêt précité *Digital Rights Ireland Ltd* est particulièrement topique de cette imbrication des deux droits énoncés aux articles 7 et 8 de la CDFUE, la Cour renvoyant d'ailleurs à l'arrêt *Volker und Markus Schecke GbR et a.* Examinant s'il y a eu une ingérence dans l'exercice de ces derniers, elle considère que « la conservation des données aux fins de leur accès éventuel par les autorités nationales compétentes, telle que prévue par la directive 2006/24, concerne de manière directe et spécifique la **privée** et, ainsi, les droits garantis par l'article 7 de la Charte ». Mais, parallèlement, « une telle conservation des données relève également de l'article 8 de celle-ci en raison du fait qu'elle constitue un traitement des données à caractère personnel au sens de cet article et doit, ainsi, nécessairement satisfaire aux exigences de protection des données découlant de cet article » (pt 29). Toutefois, la CJUE semble, plus récemment, privilégier une certaine émancipation du droit à la protection des données personnelles lorsque, après avoir mis l'accent sur l'autonomie de l'Union européenne par rapport au système conventionnel, elle pointe que « l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l'article 7 de celle-ci et qui n'a pas d'équivalent dans la CEDH » (pt 129). Pour autant, il constitue indéniablement l'une des dimensions du droit au respect de la vie privée.

L'utilisation des normes de référence du contrôle atteste donc bien de l'influence originelle de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il en est de même pour les paramètres mobilisés lors du contrôle de la compatibilité des ingérences dans l'exercice des droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles.

## b) La forte intensité du contrôle

La position de la Cour de justice est marquée par une grande continuité quant à l'intensité du contrôle opéré. Même si elle délaisse quelque peu la Convention au profit de la Charte à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les modalités de son contrôle demeurent les mêmes.

Avant le 1<sup>er</sup> décembre 2009, la CJCE applique la grille d'analyse de la Cour européenne, pratiquant, dès lors, un contrôle d'une intensité analogue. Conformément à l'article 8 § 2 de la CEDH, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. Elle est donc soumise à un contrôle d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu*. En ce domaine, la Cour européenne a, en outre, imposé la fixation de « règles claires et détaillées » régissant les traitements de données et de « garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire »<sup>(52)</sup>. Et, à ses yeux, ces traitements appellent un contrôle « rigoureux »<sup>(53)</sup>, l'étendue de la marge nationale d'appréciation variant, cependant, en fonction de la nature plus ou moins sensible des données et du but poursuivi par les traitements en cause.

L'arrêt précité *Österreichischer Rundfunk et a.* permet d'illustrer la réception par la Cour de justice de la méthode de contrôle strasbourgeoise. Était en cause, ici, la compatibilité avec la directive 95/46/CE de la collecte des données sur les revenus de certains salariés de sociétés et d'entités publiques en vue de les insérer, avec l'indication du nom des personnes concernées, dans le rapport public de la Cour des comptes autrichienne.

Aux yeux de la CJCE, si la mémorisation par l'employeur de données nominatives relatives aux rémunérations versées à son personnel « ne saurait, comme telle, constituer une ingérence dans la vie privée », leur communication à un tiers porte bien atteinte au droit au respect de la vie privée des intéressés et constitue donc une ingérence au sens de l'article 8 de la CEDH (pt 74). Prenant ensuite appui sur la jurisprudence européenne, elle considère, à cet égard, qu'« il importe peu que les informations communiquées présentent ou non un caractère sensible ou que les intéressés aient ou non subi d'éventuels inconvénients en raison de cette ingérence »<sup>(54)</sup>.

Faisant, dès lors, application des conditions prévues par l'article 8 § 2 de la Convention, le juge de Luxembourg considère qu'il revient à la juridiction de renvoi d'examiner si la disposition litigieuse de la loi constitutionnelle est libellée « avec suffisamment de précision pour permettre aux destinataires de la loi de régler leur conduite et répond ainsi à l'exigence de prévisibilité dégagée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (pt 77). Poursuivant un but légitime - « garantir l'utilisation parcimonieuse et appropriée des fonds publics par l'administration » et, donc, le « bien-être économique du pays » au sens de l'article 8 § 2 de la CEDH -, l'ingérence doit répondre à « un besoin social impérieux » et être « nécessaire dans une société démocratique », les autorités nationales disposant, cependant, d'une marge d'appréciation (pts 82 et 83). Dans cette perspective, la volonté de garantir une utilisation optimale des fonds publics doit être mise en balance avec la gravité de l'atteinte au droit au respect de la vie privée des intéressés. Mais, pour la CJCE, l'ingérence en cause ne peut être justifiée au regard de l'article 8 § 2 de la CEDH qu'à la condition d'être nécessaire et appropriée à l'objectif visé, ce que la juridiction de renvoi doit vérifier. Or, la divulgation des noms des personnes intéressés s'applique, non pas seulement à celles exerçant des fonctions donnant lieu à une rémunération dont le barème est publié, mais à l'égard de toutes les personnes rémunérées par une entité soumise au contrôle du Rechnungshof. De plus, les informations sont communiquées à ce dernier et, par son intermédiaire, aux assemblées parlementaires mais aussi à un large public. La juridiction de renvoi doit, dès lors, vérifier si pareille publicité est bien nécessaire et proportionnée au but de maintenir les salaires dans des limites raisonnables et notamment examiner si un tel objectif n'aurait pu être atteint de manière aussi efficace par la transmission des informations nominatives aux seules instances de contrôle. Elle doit également apprécier s'il n'aurait pas été suffisant d'informer le grand public des seules rémunérations auxquelles les personnes exerçant dans les entités publiques concernées peuvent prétendre, mais non des sommes que chaque personne a effectivement perçues, dont une fraction peut d'ailleurs dépendre de leur situation familiale et personnelle. Enfin, il y a lieu de prendre en compte la gravité de l'ingérence litigieuse, les personnes concernées étant susceptibles d'être lésées du fait des répercussions négatives de la publicité attachée à leurs revenus professionnels, notamment s'agissant d'éventuelles perspectives d'embauche dans d'autres entreprises.

On le voit, la CJCE fait, ici, une stricte application des paramètres du contrôle exercé par la Cour européenne. Elle conditionne également la compatibilité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée avec la directive 95/46/CE à sa compatibilité avec l'article 8 de la Convention. Si tel n'était pas le cas, celle-ci ne pourrait, en effet, pas « satisfaire non plus à l'exigence de proportionnalité énoncée aux articles 6 paragraphe 1, sous c), et 7, sous c) ou e), de la directive 95/46 » et ne pourrait pas davantage être couverte par l'une des dérogations visées à l'article 13 de la directive. Et de conclure qu'« En tout état de cause, cette disposition ne saurait être interprétée comme pouvant légitimer une atteinte au droit au respect de la vie privée contraire à l'article 8 de la CEDH » (pt 91).

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la CJUE se réfère aux dispositions de la CDFUE. Or, les conditions - précédemment évoquées - que doivent respecter les limitations à l'exercice des droits garantis (article 52 § 1) s'inspirent à la fois de sa jurisprudence mais aussi de celle de la Cour de Strasbourg. Dans cette perspective, le contrôle opéré par les deux cours européennes est convergent, ce dont atteste, de manière exemplaire, l'affaire précitée *Volker und Markus Schecke GbR et a.* Après avoir relevé que « les limitations susceptibles d'être légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel, correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la CEDH », la CJUE indique que si la limitation litigieuse vise légitimement à accroître la transparence de l'utilisation des fonds concernés et à garantir une utilisation optimale des fonds publics, « une pondération équilibrée » entre cet objectif et « l'atteinte au droit des bénéficiaires concernés au respect de leur vie privée, en général, et à la protection de leurs données à caractère personnel, en particulier » doit être assurée, pareille limitation devant « s'opérer dans les limites du strict nécessaire » (pts 52 et 77). Et si tel est bien le cas pour les personnes morales, en revanche, un juste équilibre n'a pas été assuré s'agissant des personnes physiques bénéficiaires des fonds. Le Conseil et la Commission n'ont, en effet, pas cherché à vérifier si une publication nominative limitée n'était pas été suffisante <sup>(55)</sup>.

A l'instar de la Cour européenne, la CJUE procède ainsi à un contrôle exigeant, ne manquant pas de rappeler son caractère étroit comme dans l'affaire précitée *Digital Rights Ireland Ltd* dans laquelle elle se réfère à la jurisprudence précitée *S. et Marper c/ Royaume-Uni* de la Cour européenne (§ 102) lorsqu'il lui faut déterminer l'étendue du pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union et justifier un contrôle « strict » s'accompagnant d'une marge d'appréciation réduite de ce dernier (pts 47-48). Toujours en renvoyant à la jurisprudence européenne, notamment l'arrêt *S. et Marper* (§ 99), la CJUE s'attache, par ailleurs, à apprécier l'existence de garanties contre les risques d'abus, garanties qui font résolument défaut en l'espèce.

Les interactions entre les jurisprudences européennes témoignent bien de cette convergence des standards européens. La CJUE prend appui ainsi sur la jurisprudence strasbourgeoise dans l'important arrêt *Tele2 Severige AB et a.* <sup>(56)</sup> alors que la Cour européenne se réfère à la jurisprudence luxembourgeoise relative à la conciliation entre les droits à la liberté d'expression et à la protection des données à caractère personnel dans l'affaire précitée *Satakunnan Markkinap ö rssi Oy et Satamedia Oy c/ Finlande* <sup>(57)</sup>, à propos de laquelle la Cour de justice avait déjà eu l'occasion de se prononcer dans l'arrêt précité *Satakunnan Markkinap ö rssi Oy et a.*

Toutefois, la CJUE veille à préserver la primauté des normes de l'Union comme dans l'affaire *Commission c/ The Bavarian Lager Co. Ltd* <sup>(58)</sup>. Elle était, ici, saisie d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt dans lequel le Tribunal de première instance avait estimé que l'exception au principe de l'accès du public aux documents des institutions dans le cas où leur divulgation porte atteinte à la protection de la vie privée et de l'intégrité de la personne, prévue par le règlement 1049/2011/CE <sup>(59)</sup>, s'appliquait seulement aux situations « où la vie privée ou l'intégrité de l'individu serait violée au sens de l'article 8 de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » <sup>(60)</sup>. Or, pour la Cour, une telle interprétation ne peut être accueillie. Une atteinte à la vie privée ou l'intégrité de l'individu doit, en effet, « toujours être examinée et appréciée en conformité avec la législation de l'Union relative à la protection des données à caractère personnel, et ce notamment avec le règlement n° 45/2001 » (pt 59).

Outre la dimension personnelle, la vie privée connaît une dimension « sociale » qui est également protégée dans le cadre de l'Union européenne.

## II – La dimension « sociale » de la vie privée

Encore assez peu abondante, la jurisprudence relative à la « vie privée sociale » concerne deux questions : les activités professionnelles et le droit à l'identité.

### A. Les activités professionnelles

Le principe de l'applicabilité du droit au respect de la vie privée aux activités professionnelles exposé, il conviendra d'en évoquer les différentes applications.

#### 1) Le principe

Dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour européenne qui étend la notion de « vie privée » aux relations sociales des individus et, notamment, aux relations professionnelles <sup>(61)</sup>, le juge de Luxembourg considère, en effet, que la « vie privée » englobe certaines activités professionnelles. Le principe est affirmé dès l'affaire *National Panasonic c/ Commission* dans laquelle était en cause la demande d'annulation d'une décision de la Commission concernant des vérifications que celle-ci avait effectuées en application du règlement du Conseil n° 17/62 du 6 février 1962 <sup>(62)</sup>. Demandant la restitution de documents pris dans ses locaux et se plaignant notamment du fait que

la Commission ne lui avait pas préalablement communiquée la décision de vérification, la requérante invoquait l'article 8 de la CEDH qui, selon elle, était applicable aux personnes morales. Or, si la Cour constate ici l'absence de violation, elle admet bien l'applicabilité de cette disposition.

Quelques années plus tard, dans l'affaire *Hoechst c/ Commission*, elle identifie, en tant que principe général du droit, l'exigence d'une protection contre des interventions de la puissance publique « dans la sphère d'activité d'une personne, qu'elle soit physique ou morale », qui seraient « arbitraires ou disproportionnées »<sup>(63)</sup>. Plus globalement, la CJCE reprend à son compte, dans une affaire intéressant la protection de données à caractère personnel, la conception de la Cour européenne, selon laquelle « les termes 'vie privée' ne doivent pas être interprétés de façon restrictive », en relevant que, pour celle-ci, « aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles » de la notion de « vie privée »<sup>(64)</sup>. Cette affirmation est ensuite réitérée au regard de la Charte des droits fondamentaux, désormais hissée au rang du droit originaire, dans l'arrêt précité *Volker und Markus Schecke GbR et a.* en 2010 (pt 59). Mais, dès avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour lui avait déjà donné une portée plus générale dans l'affaire *Varec SA* du 14 février 2008<sup>(65)</sup>. Après avoir estimé que le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CEDH et les traditions constitutionnelles communes, est réaffirmé par la Charte, elle réceptionnait, en effet, la jurisprudence strasbourgeoise - citant les arrêts *Niemietz*, *Société Colas Est et a.* et *Peck*<sup>(66)</sup> - en jugeant que la vie privée inclut « les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales ». Aussi ces activités peuvent-elles comprendre « la participation à une procédure de passation d'un marché public » comme, en l'espèce, où était en cause un litige opposant l'Etat belge à la société Varec au sujet de l'attribution d'un marché public pour la fourniture de maillons de chenilles pour des chars (pt 48).

## 2) Les applications

La jurisprudence porte sur trois questions : la protection du domicile, le secret des correspondances et le secret professionnel.

En premier lieu, plusieurs affaires intéressant le contentieux de la concurrence concernent la protection des locaux d'entreprises. Dans l'affaire précitée *Hoechst*, la requérante alléguait une violation du droit à la protection de l'inviolabilité du domicile au regard du pouvoir de la Commission de procéder à des perquisitions sans mandat mais la CJCE refuse de consacrer ce droit, en prenant appui sur les « divergences non négligeables entre les Etats membres » et l'absence présumée de jurisprudence de la Cour européenne nonobstant la reconnaissance implicite de cette protection dans l'arrêt *Chappell c/ Royaume-Uni* (pt 17)<sup>(67)</sup>. Elle examine, toutefois, le bien-fondé de l'allégation de la requérante au regard du principe général du droit de protection contre les interventions de la puissance publique.

A la suite de l'arrêt *Société Colas Est et a.* dans lequel la Cour européenne consacre clairement le droit d'une société au « respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels » (§ 41), la Cour de justice rallie cette approche dans l'affaire *Roquette Frères SA* du 22 octobre 2002, estimant qu'elle doit « tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt *Hoechst* »<sup>(68)</sup>. Interrogée sur l'étendue du contrôle susceptible d'être exercé par la juridiction d'un Etat membre lorsque ce dernier doit assister la Commission, elle fait application de la grille de contrôle de la Cour européenne, affirmant notamment que le droit d'ingérence peut aller plus loin pour les locaux professionnels que pour le domicile des personnes physiques<sup>(69)</sup>. Toutefois, la juridiction nationale doit s'assurer que la mesure de contrainte ne revêt pas un caractère arbitraire ou disproportionné par rapport à l'objet de la vérification. Ici encore, la CJCE vise expressément la jurisprudence de la Cour européenne intéressant les perquisitions<sup>(70)</sup>.

Le droit au respect du domicile des entreprises a, depuis lors, été réaffirmé, dans l'affaire *Deutsche Bahn AG et a.*, mais désormais au regard de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux c'est-à-dire un « droit correspondant » au sens de l'article 50, § 2, de ce texte, qui ne peut donc faire l'objet d'une protection inférieure à celle garantie par la CEDH<sup>(71)</sup>. Saisie d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt du Tribunal, la CJUE fait donc, ici, application de la jurisprudence strasbourgeoise en considérant que l'absence d'autorisation judiciaire préalable pour procéder à une inspection en matière de libre concurrence, sur le fondement du règlement (CE) 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, peut être compensée par un contrôle juridictionnel *a posteriori*, à condition qu'il s'agisse d'un recours de pleine juridiction au sens de la Convention<sup>(72)</sup>. Comme la Cour européenne, elle s'attache donc à la nature du contrôle du juge. En l'espèce, le recours en annulation qui peut être formé à l'encontre d'une décision d'inspection, est un « contrôle tant de droit que de fait », le juge de l'Union détenant « le pouvoir d'apprécier les preuves ainsi que d'annuler la décision attaquée » (pt 42).

En second lieu, la CJUE veille au respect de la protection de la correspondance des personnes morales, comme en témoigne l'arrêt précité du 17 décembre 2015 *WebMindLicenses Kft.* En l'espèce, une société condamnée à des redressements, des amendes et des pénalités de retard en raison de pratiques abusives en matière de TVA, se plaignait du fait que l'administration fiscale avait utilisé, dans le cadre d'une procédure administrative, des preuves

obtenues à son insu au moyen d'interceptions de télécommunications et d'une saisie de courriers électroniques dans le cadre d'une procédure pénale parallèle à laquelle elle n'avait pas eu accès.

Pour la CJUE, « eu égard à la latitude laissée aux États membres pour garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur leur territoire et lutter contre la fraude et l'évasion fiscales », pareille utilisation de preuves est possible mais sous réserve de respecter l'article 7 de la Charte (pt 62). Et dès lors que les interceptions de télécommunications constituent des ingérences dans l'exercice du droit garanti par l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH <sup>(73)</sup>, « elles constituent également une limitation de l'exercice du droit correspondant consacré à l'article 7 de la Charte » (pt 71). Il en est de même des saisies de courriers électroniques opérées au cours de visites domiciliaires dans les locaux d'une société commerciale. Les ingérences ayant été effectuées dans le cadre d'une procédure pénale, la Cour apprécie donc leur but et leur nécessité au regard de celle-ci. La saisie des courriers électroniques ayant été réalisée sans autorisation judiciaire, elle fait donc application de la jurisprudence de la Cour européenne, estimant que « l'article 7 de la Charte exige un encadrement légal et une limitation stricts d'une telle saisie » qui ne saurait être compatible avec ce dernier que « si la législation et la pratique internes offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus et l'arbitraire » (pt 77). Il revient donc à la juridiction de renvoi de vérifier si l'absence d'une autorisation judiciaire préalable « se trouvait, dans une certaine mesure, contrebalancée par la possibilité pour la personne visée par la saisie de solliciter a posteriori un contrôle juridictionnel portant tant sur la légalité que sur la nécessité de celle-ci, un tel contrôle devant être efficace dans les circonstances particulières de l'affaire en cause » (pt 78). Considérant ensuite que l'utilisation de ces preuves par l'administration fiscale « constitue en tant que telle une limitation de l'exercice du droit garanti », la CJUE fait application des mêmes modalités de contrôle que la Cour européenne, estimant qu'il convient d'apprécier si celle-ci était proportionnée au but poursuivi, « en recherchant si des moyens d'investigation moins attentatoires au droit garanti par l'article 7 de la Charte que les interceptions de télécommunications et la saisie de courriers électroniques, tels qu'un simple contrôle dans les locaux de WML et une demande d'informations ou d'enquête administrative adressée à l'administration portugaise en application du règlement n° 904/2010, n'auraient pas permis d'obtenir toutes les informations nécessaires » <sup>(74)</sup>.

On le voit, la position de la CJUE, s'agissant d'un « droit correspondant » atteste bien de la réception de la jurisprudence européenne. Elle garantit, par ailleurs, le respect du secret professionnel. Elle assure tout d'abord la protection des secrets d'affaires *via* un principe général du droit dans les affaires *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/ Commission* et *SEP c/ Commission* <sup>(75)</sup>. Elle veille également au respect de la confidentialité de la correspondance entre les avocats et leurs clients dans l'affaire *A. M. et S. c/ Commission*, relative à une allégation de violation du secret professionnel par la Commission qui, lors d'une vérification, avait fait obligation à l'intéressée de produire des documents couverts par le secret professionnel des avocats (le « legal privilege » des systèmes de *common law*) <sup>(76)</sup>. La CJCE estime, en effet, que le droit communautaire « doit tenir compte des principes et conceptions communs aux droits de ces États en ce qui concerne le respect de la confidentialité à l'égard, notamment, de certaines communications entre les avocats et leurs clients », confidentialité qui garantit au justiciable la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat (pt 18). Si les droits internes se caractérisent par leur diversité quant au fondement de cette protection, il existe, néanmoins, des critères communs dans la mesure où tous protègent « dans des conditions similaires, la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi » (pt 21). Aussi le règlement n° 17/62 doit-il être interprété comme protégeant la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, à condition qu'ils s'agissent d'avocats indépendants <sup>(77)</sup>.

Bien évidemment, la Cour de justice n'a pas manqué dans ce contexte d'être confrontée à la question de la conciliation entre la protection de données confidentielles et le respect des garanties du droit à un procès équitable. Interrogée, dans l'affaire *Mobistar*, sur la question de savoir si une juridiction nationale devait, au regard de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (art. 4), disposer de l'ensemble des données nécessaires à l'examen du bien-fondé d'un recours dont elle serait saisie, y compris des données qui, d'après la réglementation applicable en matière de secrets d'affaires, sont confidentielles et ont été prises en compte par les autorités dont les décisions font l'objet du recours, elle estime qu'il incombe, dans un tel cas, à la juridiction en cause « de garantir le traitement confidentiel des données en cause tout en respectant les exigences d'une protection juridique effective et en assurant le respect des droits de la défense des parties au litige » <sup>(78)</sup>. Par ailleurs, dans l'affaire précitée *Varec SA*, la Cour considère que le droit au respect des secrets d'affaires, composante du droit au respect de la vie privée, est de nature à justifier une restriction au principe du contradictoire. Étaient en cause, en l'espèce, des informations dont la divulgation aurait porté préjudice aux intérêts commerciaux d'entreprises ou aurait été de nature à nuire à une mise en concurrence loyale entre fournisseurs dans un litige opposant deux sociétés concurrentes dans une procédure d'attribution d'un marché public.

Pour le juge de l'Union, la directive 89/665, lue à la lumière de la directive 93/36<sup>(79)</sup>, impose à l'instance responsable de la procédure de recours de prendre les mesures nécessaires pour assurer le maintien d'une

concurrence loyale ainsi que la protection des intérêts légitimes des opérateurs économiques concernés. Celle-ci doit donc pouvoir décider que des informations contenues dans le dossier de passation ne soient pas transmises aux parties mais sous réserve de respecter l'article 6 de la CEDH et, plus particulièrement, le principe du contradictoire qui implique le droit pour les parties de prendre connaissance de toutes les pièces ou observations présentées au juge en vue d'influencer sa décision et de les discuter. A cet égard, la CJCE relève que la Cour européenne admet une telle solution lorsqu'est en cause la préservation des droits fondamentaux d'un tiers ou la sauvegarde d'un intérêt public important, citant notamment la jurisprudence *Rowe et Davis c/ Royaume-Uni* du 16 février 2000 (§ 61) mais sans préciser, cependant, que c'est de manière exceptionnelle <sup>(80)</sup>. Dès lors, elle procède à une mise en balance au regard de l'article 8 de la CEDH et de l'article 7 de la Charte et du principe général du droit de protection des secrets d'affaires. Le maintien d'une concurrence loyale constituant un « intérêt public important », « le principe du contradictoire n'implique pas pour les parties un droit d'accès illimité et absolu à l'ensemble des informations relatives à une procédure », ce droit d'accès devant être « mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires » (pt 51). Aussi, l'instance responsable du recours doit-elle, « afin d'éviter un préjudice extrêmement grave qui pourrait résulter de la communication irrégulière de certaines informations à un concurrent », donner à l'opérateur économique concerné la possibilité de faire valoir le caractère confidentiel ou de secret d'affaires des informations en cause avant de les communiquer à une partie au litige (pt 54).

## **B. Le droit à l'identité**

La jurisprudence relative au droit à l'identité concerne le « droit au nom ». Certes, la Cour de justice semble protéger indirectement l'identité sexuelle dans l'arrêt *K.B.* dans lequel elle réceptionne, en effet, la jurisprudence de la Cour européenne *Goodwin c/ Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, condamnant l'impossibilité pour un transsexuel de se marier et consacrant l'obligation positive de reconnaître juridiquement la nouvelle identité sexuelle d'un transsexuel, de même que dans l'affaire *Richards* <sup>(81)</sup> et, plus récemment, l'affaire *MB* <sup>(82)</sup>. Mais le droit au respect de la vie privée n'est pas mobilisé, ces affaires concernant des discriminations dues à la non-reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle des intéressées en ce qui concerne l'octroi d'une pension de réversion et de pensions de retraite.

Pour la Cour de Strasbourg, le droit au nom, compris comme un moyen d'identification personnelle et de relations avec autrui, tombe dans le champ d'application de l'article 8 au titre de la « vie privée et familiale » <sup>(83)</sup> ou de la « vie privée » <sup>(84)</sup>. Ici, ce droit n'a pas toujours été protégé en le rattachant explicitement au droit au respect de la vie privée. La Cour de justice en assure, en effet, la protection soit de manière indirecte, soit de manière directe.

### **a) La protection indirecte**

Le caractère indirect de la protection tient au fait que la matière relève de la seule compétence des Etats. Aussi la question du nom est-elle appréhendée *via* le principe de non-discrimination et en tant qu'obstacle à l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le traité, la Cour privilégiant alors une conception extensive et audacieuse du champ d'application du droit communautaire, le rattachement au traité de la situation en jeu étant, en effet, quelque peu ténu. A cet égard, deux cas de figure peuvent être distingués.

Le premier, illustré par la première affaire relative au nom, l'affaire *Konstantinidis*, réside dans la mobilisation d'une clause spécifique de non-discrimination en raison de la nationalité figurant dans le traité CE <sup>(85)</sup>. En l'espèce, un ressortissant grec exerçant la profession de masseur en Allemagne, se plaignait de ne pas avoir pu obtenir la rectification de l'indication de son nom de famille qui à la suite de son mariage, avait été transcrit, dans le registre des actes de mariage d'une manière qui en déformait la prononciation.

Prenant, ici, appui sur le fait que l'article 52 du TCEE, « impose, en matière de droit d'établissement, le respect de l'assimilation des ressortissants des autres États membres aux nationaux en interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité », la CJCE estime que ce dernier « s'oppose à ce qu'un ressortissant hellénique se voie obligé, par la législation nationale applicable, d'utiliser, dans l'exercice de sa profession, une graphie de son nom telle que la prononciation s'en trouve dénaturée et que la déformation qui en résulte l'expose au risque d'une confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle » (pts 12 et 17).

Le second cas de figure intéresse la combinaison de la clause générale de non-discrimination fondée sur la nationalité (art. 12 TCE, désormais 18 TFUE) avec les dispositions sur la citoyenneté européenne ou la seule utilisation de l'article 21 du TFUE (ancien article 17 du TCE) sur la liberté de circulation du citoyen européen. Ainsi, dans l'affaire *Garcia Avello*, alors même que les règles en cause se caractérisent par une grande diversité et sont le reflet des traditions différentes des Etats membres, la Cour de justice retient une approche particulièrement extensive du champ d'application du traité pour rattacher la situation en cause à la liberté de circulation <sup>(86)</sup>. Etait en cause, ici, le refus des autorités belges d'autoriser des enfants, résidant en Belgique et ayant la double nationalité espagnole et belge, à porter à la fois le nom de leur père Garcia Avello et de leur mère Weber soit Garcia Weber selon le droit et la tradition espagnols. En s'appelant Garcia Avello, les enfants étaient identifiés comme le frère et

la sœur de leur père.

Ayant la qualité de citoyens européens, ils peuvent se prévaloir de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité. Or, leur situation, parce qu'elle est différente de celle des personnes ayant la seule nationalité belge, implique de les traiter différemment, la diversité de noms patronymiques étant de nature à engendrer « de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé » (pt 36). Or, aucun des motifs invoqués par la Belgique ne permet de considérer le refus litigieux comme étant proportionné. Dans le prolongement de cet arrêt, la Cour considère, dans l'arrêt *Grunkin et Paul* que le refus de reconnaître le nom patronymique d'un enfant de nationalité allemande, tel qu'il a été déterminé et enregistré au Danemark où cet enfant est né et réside depuis lors et dont il a la nationalité, est contraire à la clause générale de non-discrimination à raison de la nationalité et à l'article 21 du TFUE, garantissant le droit à la liberté de circulation au citoyen européen nonobstant l'impossibilité pour un enfant, aux termes du droit allemand, de porter un nom double, composé de ceux de son père et de sa mère <sup>(87)</sup>.

Plus récemment, la CJUE fait application du seul article 21 du TFUE qui comporte une interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, dans l'affaire *Freitag*, dans laquelle était en cause le refus des autorités allemandes de transcrire dans le registre de l'état civil le changement de nom du requérant acquis par décision de justice en Roumanie <sup>(88)</sup>. Né en Roumanie, il avait, en effet, décidé de porter à nouveau son nom de naissance après avoir porté le nom de son beau-père, de nationalité allemande, qui l'avait adopté. Aux yeux de la Cour, le refus litigieux, motivé par le fait que le droit allemand exige que le nom ait été acquis lors d'un séjour habituel dans l'Etat membre concerné, est contraire à l'article 21 du TFUE « à moins qu'il existe en droit national d'autres dispositions permettant effectivement la reconnaissance du dudit nom » (pt 47). Et s'il revient aux autorités nationales le soin d'apprécier si un « motif sérieux » est de nature à s'opposer à la reconnaissance automatique du nom, celles-ci doivent exercer leur pouvoir d'appréciation « de manière à assurer le plein effet de l'article 21 TFUE » (pt 45).

A la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la protection du droit au nom peut aussi revêtir un caractère direct.

#### **b) La protection directe**

La CJUE utilise, dès lors, plusieurs sources combinées, notamment l'article 7 de la Charte qui renferme un « droit correspondant ». Elle se réfère, pour la première fois, à cette disposition dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, affirmant, en renvoyant à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne, que « le nom d'une personne est un élément constitutif de son identité et de sa vie privée, dont la protection est consacrée par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par l'article 8 de la convention européenne » <sup>(89)</sup>. Etait en cause, en l'espèce, le refus, opposé à une Autrichienne, d'inscrire au registre de l'état civil le nom de famille Fürstin von SaynWittgenstein, acquis en Allemagne à la suite de son adoption par un ressortissant allemand, refus fondé sur la loi d'abolition de la noblesse, ayant valeur constitutionnelle, interdisant aux citoyens autrichiens de porter des titres de noblesse, y compris d'origine étrangère. Il était ainsi proposé de le remplacer par le nom SaynWittgenstein. En présence d'une restriction à la liberté de circulation et de séjour garantie aux citoyens européens par l'article 21 du TFUE, le port d'un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'Etat membre de naissance et de résidence étant susceptible d'entraver l'exercice de cette liberté, la Cour la juge, néanmoins, justifiée. Mettant en œuvre le principe d'égalité, la loi d'abolition de la noblesse vise la protection de l'ordre public de l'Autriche. Et l'Union est tenue de respecter l'identité nationale des Etats membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'Etat. En revanche, dans l'affaire *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, le principe d'égalité des citoyens allemands devant la loi et le choix constitutionnel d'abolir les privilèges et les inégalités et d'interdire le port de titres de noblesse - le droit allemand, à la différence du droit autrichien, ne prévoyant pas d'interdiction stricte de l'usage et de la transmission des titres de noblesse - impliquent la reconnaissance d'une certaine marge d'appréciation aux autorités <sup>(90)</sup>. Ces éléments doivent ainsi être pris en compte - de même que d'autres, comme la double nationalité de l'intéressé - par la juridiction de renvoi lors de la nécessaire « mise en balance de divers éléments de droit et de fait propres à l'Etat membre concerné » (pt 78). En l'espèce, était en cause le refus opposé par un service de l'état civil, à une personne ayant la double nationalité - allemande et britannique - et ayant changé de nom lorsqu'il vivait au Royaume-Uni, d'inscrire sa famille sous son nom britannique qui avait l'apparence d'une origine nobiliaire.

Deux autres affaires intéressant le droit au nom peuvent, par ailleurs, être citées. Dans la première *Runevič - Vardyn et Vardyn* relative au refus de transcription de noms sur des actes d'état civil en respectant la graphie utilisée en Pologne afin d'en assurer l'unité d'un Etat à l'autre -, elle se réfère à la fois à l'article 7 de la Charte et aux articles 18 et 21 du TFUE en présence d'une possible restriction à la liberté de circulation de citoyens européens <sup>(91)</sup>. A ses yeux, il revient, ici, à la juridiction de renvoi de vérifier si « un juste équilibre » a bien été respecté entre le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants et la protection légitime par la Lituanie de sa langue officielle et de ses traditions, ce qui implique de vérifier qu'une mesure moins restrictive n'aurait pas également permis d'atteindre le but poursuivi (pts 88 et 91).

Était en jeu dans la seconde affaire *-U. c/ Stadt Karlsruhe -*, le refus opposé à l'intéressé de modifier la présentation de son nom de naissance sur son passeport allemand de façon à ce qu'il apparaisse clairement, notamment à l'égard de personnes non allemandes, que son nom est « Dr U » et d'éviter des malentendus, engendrés par la façon dont est mentionné son nom de naissance, lequel ne fait pas partie de son nom de famille, lorsqu'il se rend à l'étranger pour des raisons professionnelles <sup>(92)</sup>.

Interprétant l'annexe du règlement (CE) n° 2252/2004 <sup>(93)</sup>, lue en combinaison avec les dispositions du document 9303 de l'OACI, 1<sup>re</sup> partie, à la lumière de l'article 7 de la Charte, la CJUE relève que « la présentation ambiguë ou incorrecte du nom d'une personne sur les documents émis par un État afin d'attester de son identité est de nature à engendrer pour cette dernière de sérieux inconvénients dans sa vie privée et professionnelle dans la mesure où elle risque de susciter des doutes au sujet de son identité réelle, de l'authenticité du passeport ou de la véracité des informations que ce dernier contient » (pt 50). Dès lors, si un État a la faculté d'ajouter d'autres éléments au nom du titulaire sur un passeport, les modalités d'exercice de celle-ci doivent respecter le droit à la vie privée de l'intéressé.

On le voit, la CJUE retient une acception particulièrement large de la notion de « vie privée » et une approche résolument protectrice du droit au respect de la vie privée, non seulement en pratiquant, à l'instar de la Cour de Strasbourg, un contrôle exigeant des atteintes qui lui sont portées mais aussi, en lien avec le contentieux spécifique dont elle est appelée à connaître, en approfondissant notamment la garantie du droit au respect de la vie privée des personnes morales.

---

<sup>(1)</sup> 12 novembre 1969, *Erich Stauder*, aff. 29/69.

<sup>(2)</sup> F. Sudre in L. Burgogues-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union, Commentaire article par article*, Bruylant, 2005, p. 113.

<sup>(3)</sup> Pour la Cour, «(l)e droit au respect de la vie privée et le droit à la protection du secret médical, qui en est l'un des aspects, constituent des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » (aff. C-62/90, pt 23).

<sup>(4)</sup> Aux termes de l'article 19 du TUE, la CJUE « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

<sup>(5)</sup> Aux termes de l'article 7, « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». L'article 8 énonce que « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel le concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».

<sup>(6)</sup> Directive du Parlement européen 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.

Aff. C-468/10 et C-469/10, pt 55.

<sup>(7)</sup> 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, § 91.

<sup>(8)</sup> 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, § 95.

<sup>(9)</sup> 5 octobre 1994, aff.. C-404/92 P, pt 17. Voy. aussi *Commission c/ Allemagne* précité.

<sup>(10)</sup> Par exemple, pour les demandeurs d'asile, Gr. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, § 251.

<sup>(11)</sup> Gr. Ch., 16 juin 2015, aff. C-105/03.

<sup>(12)</sup> La Cour se réfère ici à la jurisprudence de la Cour européenne (pt 60). En revanche, la décision-cadre 2001/220/JAI du 15 mars 2001, n'impose pas au ministère public l'obligation d'accepter le recours à cette procédure (21 décembre 2011, *X. c/ Y.*, aff. C-507/10, abus sexuels sur une mineure).

- (13) Voy. H. Surrel, *Les couples homosexuels*, *RAE*, 2014/2, pp. 327-335.
- (14) Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.
- (15) CJUE, 7 novembre 2013, aff. C199/12 à C201/12.
- (16) Voy., dans le même sens, Cour EDH, déc., 22 juin 2004, *F. c/ Royaume-Uni*.
- (17) CJUE, Gr. Ch., 2 décembre 2014, *A. B. et C. c/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* aff. C-148/13 à 150/13.
- (18) Directive du Parlement européen et du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.
- (19) CJUE, 25 janvier 2018, *F.*, aff. C-473/16.
- (20) 14 octobre 2008, *Petrina c/ Roumanie*. La réputation d'une personne « représente une partie de son identité personnelle et psychique, qui relève de sa vie privée », § 29.
- (21) Trib., 24 septembre 2008, aff. T-412/05.
- (22) CJUE, Gr. Ch., 28 mai 2013, aff. C-239/12 P.
- (23) Voy. aussi sur l'aspect procédural, 25 octobre 2011, *eDate Advertising et a.*, aff. C-509-09 et C-161-10. En cas d'atteinte aux droits de la personnalité, au moyen de contenus mis en ligne sur un site Internet, la personne qui s'estime lésée doit pouvoir former une action en responsabilité devant les juridictions de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts.
- (24) Trib., 9 septembre 2015, aff. T-168/14.
- (25) Trib., 21 janvier 2015, *Mohammad Makhoul c/ Conseil*, aff. T-509/11, pt 112.
- (26) Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.
- (27) Arrêt précité *Z. c/ Finlande*.
- (28) Arrêt précité *Commission c/ Allemagne*, pt 23. Aussi *X. c/ Commission*, précité, pt 17.
- (29) 17 octobre 2013, aff. C- 291/12.
- (30) Règlement du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les Etats membres.
- (31) La Cour de justice renvoie à la jurisprudence *S. et Marper c/ Royaume-Uni* (Gr. Ch., 4 décembre 2008).
- (32) Les empreintes digitales étaient également en cause dans l'affaire *Willems et a.* mais la situation en jeu n'entraîne pas dans le champ d'application de la Charte (16 avril 2015, aff. Jtes C-446 à 449/12, pts 49-51).
- (33) 11 décembre 2014, aff. C-212/13, pt 22.
- (34) Avis 1/15, 26 juillet 2017.
- (35) 5 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie* : « des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics » § 43.
- (36) 20 mai 2003, aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, pts 73 et 74.
- (37) Gr. Ch., 9 novembre 2010, aff. C-92/09 et C-93/09, pt 59.
- (38) 1<sup>er</sup> octobre 2015, *Bara et a.*, aff. C-201/14.

<sup>(39)</sup> 9 mars 2017, aff. C-938/15.

<sup>(40)</sup> 16 décembre 2008. La Cour européenne statuera également sur cette affaire au regard de l'article 10 de la CEDH (Gr. Ch., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapöytäryhmä Oy et Satamedia Oy c/ Finlande*).

<sup>(41)</sup> Gr. Ch., 8 avril 2014, aff. jtes C-293 et 294/12, pt 39.

<sup>(42)</sup> 24 novembre 2011, aff. C-70/10, pt 51.

<sup>(43)</sup> Gr. Ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12.

<sup>(44)</sup> Gr. Ch., 6 octobre 2015, aff. C-362/14.

<sup>(45)</sup> Pt 53. En l'espèce, le nom de l'une des requérantes identifie directement des personnes physiques qui sont des associées de celle-ci. *A contrario*, une société ne peut se prévaloir de l'article 8 de la Charte dès lors que son nom ne permet pas d'identifier une personne physique (arrêt *WebMindLicenses Kft*, 17 décembre 2015, aff. C-419/14, pt 79).

<sup>(46)</sup> 7 mai 2009, aff. C-553/07.

<sup>(47)</sup> 26 mars 1987, *Leander c/ Suède*, § 48.

<sup>(48)</sup> Arrêt précité *Rynes*.

<sup>(49)</sup> 6 novembre 2003, aff. C-101/01, pt 45.

<sup>(50)</sup> Gr. Ch., 21 décembre 2016, aff. jtes C- 203/15 et C-698/15.

<sup>(51)</sup> Voy. les arrêts précités *Commission c/ Allemagne* et *X. c/ Commission*.

<sup>(52)</sup> 6 septembre 1978, *Klass et a. c/ Allemagne*, § 50.

<sup>(53)</sup> Arrêt précité *Leander*, § 48.

<sup>(54)</sup> Pt 75. La CJCE se réfère ici à l'arrêt de la Cour EDH *Amann c/ Suisse* (16 février 2000, § 70).

<sup>(55)</sup> Voy. aussi, parmi d'autres, l'arrêt précité *Schwartz*, pts 33-34.

<sup>(56)</sup> La Cour renvoie aux arrêts *Zakharov c/ Russie* (Gr. Ch., 4 décembre 2015) et *Szabo et Vissy c/ Hongrie* (12 janvier 2016) de la Cour européenne, arrêt précité pts 119 et 120.

<sup>(57)</sup> §§ 70-79, 158-159 et 188.

<sup>(58)</sup> Gr. Ch., 29 juin 2010, aff. C-28/08 P.

<sup>(59)</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2011, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

<sup>(60)</sup> TPI, 8 novembre 2007, *The Bavarian Lager c/ Commission*, aff. T-194/04, pts 111-120.

<sup>(61)</sup> 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, § 29.

<sup>(62)</sup> 26 juin 1980, aff. 136/79.

<sup>(63)</sup> 21 septembre 1989, aff. 46/87 et 227/88, pt 19.

<sup>(64)</sup> *Österreichischer Rundfunk et a*, précité, pt 73.

<sup>(65)</sup> Aff. C-450/06.

<sup>(66)</sup> Arrêt *Niemietz*, précité, § 29 ; 16 avril 2002, *Société Colas Est et a. c/ France* § 41 ; 28 janvier 2003, *Peck c/ Royaume-Uni*, § 57.

<sup>(67)</sup> CEDH, 30 mars 1989, à propos de perquisitions.

<sup>(68)</sup> Aff. C-94/00, pt 29.

<sup>(69)</sup> Pt 29 ; *Niemietz*, précité, § 31 : le droit d'ingérence autorisé par l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH « pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas

».

(70) Pt 52. La CJCE cite les arrêts *Funke c/ France* (25 février 1993, § 55), *Camenzind c/ Suisse* (16 décembre 1997, § 45) et *Société Colas Est et a*, précité, § 47.

(71) 18 juin 2015, aff. C-583/13 P.

(72) Pt 32. La Cour se réfère à l'arrêt *Delta Pekarny a. s. et a. c/ République tchèque* de la Cour européenne (2 octobre 2014, §§ 83, 87 et 92). Voy aussi Trib., 10 avril 2018, *Alcogroup et Alcodis c/ Commission*, aff. T-274/15, pt 91.

(73) La Cour renvoie notamment à l'arrêt *Klass et a. c/ Allemagne* (6 septembre 1978, § 41).

(74) Pt 82. Par ailleurs, la juridiction nationale doit vérifier que le principal général des droits de la défense - impliquant que la société ait eu la possibilité, dans le cadre de la procédure administrative d'avoir accès à ces preuves et d'être entendu sur celles-ci -, de même que le droit à un recours juridictionnel effectif, ont bien été respectés.

(75) 24 juin 1986, aff. 53/85, pt 28 ; 19 mai 1994, aff. C-36/92 P, pt 37.

(76) 18 mai 1982, aff. 175/79.

(77) Ce qui est confirmé dans l'arrêt *Akzo Nobels Chemicals* du 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P. Un avocat d'entreprise ne jouit pas du même degré d'indépendance à l'égard de son client qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe (pt 45).

(78) 13 juillet 2006, aff. C-438/04, pt 40.

(79) Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux et directive 93/36 du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation de marchés publics de fournitures.

(80) Pt. 47. En ce sens, L. Milano, obs., *RTDH*, 2009, p. 691.

(81) 7 janvier 2004, aff. C-117/01 et 27 avril 2006, aff. C-423/04.

(82) Gr. Ch., 26 juin 2018, aff. C-451/16.

(83) 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, § 24.

(84) 25 novembre 1994, *Stjerna c/ Finlande*, § 37 et § 45.

(85) 30 mars 1993, aff. C-168/91.

(86) Ass. plén., 2 octobre 2003, aff. C-148/02.

(87) 14 octobre 2008, aff. C-353/06.

(88) 8 juin 2017, aff. C- 541/15.

(89) 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, pt 52.

(90) 2 juin 2016, aff. C-438/14, pt 80.

(91) 12 mai 2011 aff. C-391/09.

(92) 2 octobre 2014, aff. C- 101/13.

(93) Règlement du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres.

# Le Conseil constitutionnel et le droit au respect de la vie privée

Valérie Goesel-Le Bihan

Professeure de droit public  
Droits, contrats, territoires (EA 4573)  
Université Lumière Lyon 2

Comment entrer dans le champ du droit au respect de la vie privée et de son traitement par le Conseil constitutionnel sans partir des lieux communs doctrinaux, dont l'une des dernières couches sédimentaires s'est déposée dans le numéro de 2015 des *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* qui y est consacré ? On me permettra, non par goût du paradoxe, mais davantage par volonté d'épouser une réalité jurisprudentielle complexe et évolutive, d'en sortir rapidement afin d'en prendre - sur deux points essentiels qui constitueront d'ailleurs l'armature de cet exposé - le contrepied.

On le sait, la valeur constitutionnelle de ce droit est acquise depuis 1999 sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration de 1789. Le Conseil a estimé que "la liberté proclamée par cet article implique la vie privée" <sup>(1)</sup>. S'est ainsi refermée la première période ouverte en 1995 durant laquelle le droit au respect de la vie privée n'a été protégé qu'au travers de la liberté individuelle, sa méconnaissance grave pouvant être - selon les termes mêmes utilisés par le Conseil <sup>(2)</sup>- de nature à lui porter atteinte <sup>(3)</sup>. Reste alors l'essentiel : quelle protection aujourd'hui, et dans quel champ ? Le traitement exigeant dont il a bénéficié dans la jurisprudence de la CourEDH et l'expansion qu'il y connaît imposent d'ailleurs très vite de lire ou de relire la jurisprudence du Conseil à sa lumière et de pénétrer le champ d'autres libertés, afin de compléter le tableau qu'elle offre et de mettre les jurisprudences en relation. Mais avant d'y procéder, encore faut-il s'interroger sur le **traitement général** réservé par le Conseil à ce droit, traitement qui est peu étudié, en tout cas de manière approfondie <sup>(4)</sup>, et qui permet parfois à certains de considérer qu'il est particulièrement protégé dans notre ordre juridique <sup>(5)</sup>. L'étude des effets négatifs du décrochage de la vie privée par rapport à la liberté individuelle fera ainsi l'objet de ma première partie et précèdera celle de l'influence, **seconde et particulière**, de la jurisprudence de la CourEDH, qui a permis à certains aspects de ce droit d'être constitutionnalisés ou de bénéficier d'une protection renforcée.

## Première partie - Le traitement général : vie privée versus liberté individuelle

Ce sera là mon point de départ, mon premier lieu commun si l'on ose dire. Didier Ribes s'en fait l'écho lorsqu'il écrit dans les Cahiers précités : "ce droit fondamental a connu, au gré des décisions du juge constitutionnel, des variations sémantiques, des changements de consistance et des migrations normatives sans que l'ensemble de ces évolutions ne se soient traduites par des modifications significatives de son champ d'application, de sa portée et de son degré de protection", en dehors, précise-t-il, dans une note de bas de page, de la non-soumission à l'exigence d'intervention du juge judiciaire qui résulte de son "détachement" de l'article 66 de la Constitution. On sait que cet article reconnaît la liberté individuelle et fait du juge judiciaire son gardien. Au fond, dans le meilleur des mondes possibles, le rattachement du droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration aurait, comme l'a dit Bruno Genevois, cité dans cet article, consolidé le droit vivant, en prenant acte de la compétence d'autorités indépendantes et du juge administratif, et n'aurait finalement donné lieu qu'à une sorte de jeu de chaises musicales entre nos deux ordres de juridiction <sup>(6)</sup>.

On me permettra de douter que ce nouveau rattachement n'ait eu que tels effets. Ce serait oublier que la liberté individuelle est, pour employer la terminologie reprise par certains commentateurs des décisions du Conseil, une liberté de premier rang, c'est-à-dire une liberté particulièrement protégée par le Conseil, non seulement parce qu'elle ne peut être restreinte que par un motif de valeur constitutionnelle, mais parce que les éléments et l'intensité du contrôle de proportionnalité exercé sont particulièrement exigeants <sup>(7)</sup>. Or, non seulement - et ce sera le premier point que j'examinerai - la vie privée, contrairement à certaines apparences, n'est pas traitée de la sorte (elle relève, sauf exceptions, de la catégorie des droits de second rang et est, à ce titre, moins protégée) mais - et ce sera le second point que j'examinerai - le rejet progressif hors du champ de l'article 66 de l'inviolabilité du domicile, finalement rangée sous la bannière de la vie privée, et du secret des correspondances, qui continue en revanche d'être consacré séparément, a abouti, au delà de leur seule "migration normative", à un abaissement corrélatif de leur régime de protection.

1. Commençons par les apparences, qui sont, comme souvent, trompeuses. Que peut-on en effet lire dans la décision *Rétention de sûreté* qui date du 21 février 2008 <sup>(8)</sup> et fixe le régime de protection de la liberté individuelle ? "Considérant que [les mesures concernées] doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir **et le respect de la vie privée**, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, **ainsi que la liberté individuelle** dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de **ces libertés** doivent être **adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi**" <sup>(9)</sup>. A lire cette décision de principe, l'on pourrait donc croire que le respect de la vie privée, à côté d'ailleurs de la liberté d'aller et de venir, est protégé à l'égal de la liberté individuelle. Ses restrictions seraient donc le siège d'un contrôle à la fois étendu - les trois éléments du contrôle de proportionnalité que sont l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict sont exercés - et entier - le contrôle n'est pas restreint à la sanction des disproportions manifestes. Tel n'est pourtant pas le cas, comme le montre très clairement la jurisprudence ultérieure. Non qu'un tel considérant n'ait pas été repris ou ait été réécrit, mais, plus subtilement, parce qu'il n'est inscrit dans les normes de référence applicables - et n'est donc appliqué - que dans les seules hypothèses de restriction apportée à la liberté individuelle au sens restrictif qui est désormais le sien, c'est-à-dire en cas de privation de liberté. Ainsi, lorsque la restriction apportée à la vie privée qu'invoque le requérant s'accompagne d'une restriction de la liberté individuelle, c'est le régime de protection qui accompagne cette dernière liberté, particulièrement protecteur, qui s'applique. En témoignent plusieurs décisions QPC concordantes, qui concernent tant l'incarcération lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen <sup>(10)</sup>, l'érou extraditionnel <sup>(11)</sup> que la prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement <sup>(12)</sup>.

Hormis ces hypothèses particulières, **la réalité du régime général de protection appliqué aux restrictions apportées au respect de la vie privée est très différente**: elle se situe même aux antipodes - ou bien à l'autre extrémité si l'on considère les contrôles exercés par le Conseil comme formant une sorte de continuum où croisent les différents droits de valeur constitutionnelle. Le contrôle de proportionnalité exercé est en effet non seulement **global** mais également **restreint**. En témoignent de multiples décisions dans lesquelles le Conseil se contente de rechercher si les dispositions examinées "ne portent pas d'atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée", comme celle de 2001 *Loi de finances rectificative pour 2001* <sup>(13)</sup> dont l'une des dispositions crée au profit des services d'enquêtes douanières, fiscales et boursières un droit de communication des données de connexion conservées par les opérateurs de télécommunications, celle de 2007 *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* <sup>(14)</sup> dans laquelle sont examinées les dispositions qui tendent à suppléer l'absence ou le défaut d'authenticité d'un acte de l'état civil étranger par l'identification génétique du lien de filiation à l'égard de la mère, mais également celles DC, plus récentes, de 2015 *Loi sur le renseignement* <sup>(15)</sup> et *Loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales* <sup>(16)</sup>. A partir de 2003 et de la décision *Loi sur la sécurité intérieure*, c'est d'ailleurs également toute la matière des fichiers créés ou modifiés par le législateur qui, sauf exception, va tomber dans l'escarcelle du contrôle restreint <sup>(17)</sup>, le Conseil se contentant d'exiger que l'ensemble des garanties prévues soit "de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée" <sup>(18)</sup>.

Lorsqu'un contrôle de proportionnalité est exercé sur les restrictions apportées à la vie privée, ses différents éléments n'y sont donc pas distingués, et si l'on ne savait que le contrôle de l'adéquation est aujourd'hui devenu - même s'il n'est pas toujours explicité - un contrôle général, la proportionnalité s'y réduirait à son seul volet traditionnel, contrôle du champ d'application de la mesure prévue et des garanties légales entourant son adoption. Ces contrôles forment, en effet, depuis la décision *Rétention de sûreté* de 2008 précitée, celui de la proportionnalité au sens strict. Point de contrôle de la nécessité, donc, au sens de la recherche de l'existence d'une mesure alternative moins contraignante.

Tel est le régime de protection de **droit commun** applicable aux restrictions apportées à la vie privée dans la jurisprudence du Conseil, qui oblige à le ranger dans la catégorie des droits de second rang, dans laquelle il côtoie des droits le plus souvent protégés à l'identique, comme la liberté d'entreprendre, le droit de propriété ou le principe d'égalité. **Ce régime ne s'applique toutefois pas dans certaines hypothèses** dans lesquelles le **contrôle de proportionnalité est à la fois différencié - il inclut un contrôle de la nécessité et de la proportionnalité, même si les deux contrôles ne sont pas vraiment différenciés - et entier**. La difficulté consiste ici à isoler ces hypothèses, qui n'ont pas été systématisées par le Conseil, et dont, en plus de cerner les contours, l'on doit deviner la motivation. En dehors de celles directement inspirées de la jurisprudence européenne et que j'étudierai dans la seconde partie de cet exposé, on trouve, me semble-t-il, les **dispositions législatives qui autorisent l'adoption de mesures de police judiciaire**, c'est-à-dire de mesures prises dans le cadre de la procédure pénale. Celles-ci n'ont en effet jamais fait l'objet d'un contrôle restreint à la sanction des disproportions manifestes, à la différence des dispositions qui autorisent l'adoption de mesures de police administrative.

En témoignent plusieurs décisions, dont celle du 25 mars 2014 *Loi relative à la géolocalisation* <sup>(19)</sup> : reprenant le considérant de principe posé dans la décision *Évolutions de la criminalité* de 2004 <sup>(20)</sup>, le Conseil considère "qu'il résulte de tout ce qui précède que le législateur a entouré la mise en oeuvre de la géolocalisation de mesures de nature à garantir que, placées sous l'autorisation et le contrôle de l'autorité judiciaire, les restrictions apportées aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité et ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard de la gravité et de la complexité des infractions commises ; que, par ces dispositions, le législateur n'a pas opéré entre les droits et libertés en cause une conciliation déséquilibrée". Lorsque la mesure de géolocalisation est en revanche décidée en tant que technique de recueil de renseignement, donc en tant que **mesure de police administrative**, la disposition qui l'autorise fait l'objet d'un **contrôle restreint**. Dans la décision *Loi sur le renseignement*, les procédures dérogatoires de géolocalisation sont ainsi déclarées constitutionnelles ou inconstitutionnelles, soit parce qu'elles "ne portent pas d'atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée", soit parce qu'elles "portent une atteinte manifestement disproportionnée" à ce même droit. Est ainsi seule déclarée inconstitutionnelle la procédure dite d'"urgence opérationnelle" qui permet de les mettre en oeuvre en l'absence de toute autorisation - et même de toute information - préalable du Premier ministre, et de tout avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement - à la différence de la procédure d'"urgence absolue" qui se contente de court-circuiter la Commission en n'exigeant pas son avis préalable.

Comment **expliquer** cette différence de traitement entre la police judiciaire, qui continue d'ailleurs en vertu de l'article 66 de la Constitution d'être soumise au contrôle du juge judiciaire, et la police administrative, que le Conseil n'a jamais motivée, ni même explicitée ? La justification essentielle paraît résider dans le jeu élargi de l'article 9 de la Déclaration de 1789. Rappelons que cet article dispose que "tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi". Or, dans les décisions précitées, le Conseil précise que, **s'agissant de la procédure pénale** - et non des privations de liberté, qui sont seules visées par la lettre de cet article - doit être évitée **"une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions"**. En résulte sans doute un contrôle plus approfondi des restrictions qui sont apportées aux divers droits et libertés de valeur constitutionnelle, au delà-même du champ plus circonscrit des atteintes à la liberté individuelle. S'ajoute également le fait que les mesures d'investigation spéciales introduites par la loi doivent être justifiées par les infractions commises pour ne pas être discriminatoires, c'est-à-dire pour ne pas être contraires au principe d'égalité.

En résumé, on ne peut donc que constater que la prévention par le législateur des atteintes à l'ordre public et des infractions fait l'objet d'un traitement moins regardant que leur répression, dès lors qu'elle porte atteinte au respect de la vie privée.

2. Un tel décrochage - et ce sera le second point de réflexion de ma première partie - n'a toutefois pas concerné que la vie privée au sens strict du terme. **L'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances** ont subi un sort identique, mais plus tardivement. A ma connaissance, la soumission de la vie privée à un contrôle restreint de droit commun date en effet de la décision précitée *Loi de finances rectificative de 2001*, les décisions qui la précèdent, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la consécration autonome de ce droit, ne portant en effet aucune trace - en tout cas explicite - d'une telle restriction. Qu'en est-il en revanche de l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances ?

Commençons par **l'inviolabilité du domicile**: considérée par le Conseil depuis 2013 <sup>(21)</sup> comme une composante de la vie privée - elle la compose "en particulier" - même si elle est encore souvent mentionnée à part <sup>(22)</sup>, **elle est décrochée de la liberté individuelle** dès la première décision rendue à son propos après 1999, c'est-à-dire dès la décision *Loi sur la sécurité intérieure* en date de 2003 <sup>(23)</sup>. Mais, comme en témoigne la décision *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* de 2004 <sup>(24)</sup>, les restrictions qui y sont apportées continuent de faire l'objet d'un contrôle entier <sup>(25)</sup>. Les effets de ce décrochage n'apparaissent en effet que **progressivement, absence d'obligation d'intervention** - en l'occurrence d'autorisation préalable - **du juge judiciaire** en 2013 dans la décision QPC *Visite des navires par les agents des douanes* <sup>(26)</sup> confortée par celle QPC *Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence en date du 19 février 2016* <sup>(27)</sup>, **contrôle restreint** dès lors que les mesures qui y portent atteinte sont des **mesures de police administrative**, dans la décision de 2015 *Loi sur le renseignement*, confirmée par celle QPC *Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence* précitée <sup>(28)</sup>, puis, dernière-née, restriction de son champ d'application aux seuls **locaux d'habitation** - à l'exclusion, semble-t-il, des locaux professionnels dans la décision QPC du 8 juillet 2016 *Droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie* <sup>(29)</sup>. Ne restent donc, comme pour la vie privée dont elle épouse logiquement le régime de protection, que les restrictions qui lui sont apportées **dans le cadre de la procédure pénale**, pour lesquelles subsistent, en dépit du décrochage de l'article 66, tant la compétence du juge judiciaire que le **contrôle entier** <sup>(30)</sup>. L'introduction dans un lieu privé afin de placer un dispositif de géolocalisation fait ainsi l'objet d'un contrôle différent selon le cadre dans lequel elle est opérée. Observons, *in fine*, qu'en dépit de cette évolution

jurisprudentielle, la loi *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* promulguée le 30 octobre 2017 maintient la compétence d'autorisation du juge judiciaire pour les perquisitions administratives qu'elle autorise "aux seules fins de prévenir des actes de terrorisme" <sup>(31)</sup>, et rompt ainsi avec le contrôle *a posteriori* - tant décrié - exercé par le juge administratif dans le cadre de l'état d'urgence et que venait seulement compenser son pouvoir - imposé par le Conseil constitutionnel - d'autoriser - et donc de contrôler *a priori* - l'exploitation par l'administration des éventuelles données saisies <sup>(32)</sup>. Sa constitutionnalité devrait être bientôt examinée dans le cadre de l'une des QPC que vient de poser la Ligue des droits de l'homme et que le Conseil d'Etat devrait transmettre au Conseil constitutionnel <sup>(33)</sup>.

Poursuivons maintenant par le **secret des correspondances**, qui est toujours resté consacré en tant que principe autonome et n'est donc pas considéré comme une composante de la vie privée, même s'il dispose d'un fondement textuel partiellement identique, l'article 2 de la Déclaration, qu'agrémente toutefois, dans la jurisprudence concordante du Conseil, une référence supplémentaire à l'article 4 de ce même texte.

Quel est son traitement par le Conseil ? il ne diffère en rien de celui de l'inviolabilité du domicile : le contrôle est **restreint** pour les restrictions qui y sont apportés **dans le cadre de la police administrative** - comme en témoignent les décisions de 2015 *Loi sur le renseignement* et de 2016 *Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne*. Il est en revanche **entier**, et la compétence demeure au **juge judiciaire** pour celles opérées dans le cadre de la **police judiciaire** - comme le montre la décision de 2004 *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* <sup>(34)</sup>. Les interceptions de correspondance font ainsi l'objet d'un contrôle différent selon le cadre dans lequel elles se déroulent. Dans la mesure où les lois ou les dispositions législatives soumises au Conseil autorisent toutes de telles interceptions, un tel contrôle s'est toujours accompagné de celui du respect de la vie privée, la décision de 2004 disposant d'ailleurs, au terme du contrôle exercé, qu'aucune atteinte excessive "**au secret de la vie privée**" ne peut être observée.

Notons également que dans la décision du 10 novembre 2016 *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias* <sup>(35)</sup>, le secret des correspondances - et la vie privée - n'est pas protégé **contre les exigences de la protection de l'ordre public ou de la répression pénale**, mais **contre la liberté de communication**. La protection du secret des sources des journalistes instituée par la loi - et plus précisément l'immunité pénale qu'elle instituait à leur profit et à celui de leurs collaborateurs - interdisait en effet, lorsque de seules finalités de répression - et non de prévention - seraient en cause, des poursuites en cas de détention de documents, images ou enregistrements provenant, entre autres, du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée dans l'hypothèse où ils contiendraient des informations dont la diffusion au public constituerait un but légitime dans une société démocratique. Or, une telle interdiction, s'agissant d'un délit puni de cinq ans d'emprisonnement et "visant à réprimer des comportements portant atteinte au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances", ne réalisait pas, selon le Conseil, une "conciliation équilibrée entre, d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances".

Pour revenir au décrochage par rapport à l'article 66 de la Constitution et afin d'en bien mesurer la portée, signalons qu'il a même visé ce que l'on croyait relever du coeur même de la liberté individuelle, c'est-à-dire les restrictions qui y sont apportées par les **contrôles d'identité et les visites ou les fouilles de véhicules**. Même si l'atteinte à la liberté individuelle n'est que légère - les personnes visées doivent rester à la disposition des forces de l'ordre le temps de la procédure - elles ont en effet connu une évolution du même type, mais à visage inversé si l'on peut dire : le **contrôle restreint** inauguré - même pour les mesures prises dans le cadre de la police judiciaire - dans la décision de 2003 *Loi sur la sécurité intérieure* <sup>(36)</sup> a précédé leur **décrochage de la liberté individuelle** - réalisé, pour l'instant pour les seuls contrôles d'identité, par la décision QPC *Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République* en date du 24 janvier 2017 <sup>(37)</sup>, mais qui devrait logiquement être étendu aux fouilles de véhicules par une décision QPC que le Conseil doit rendre le 1er décembre <sup>(38)</sup>. Hors état d'urgence et hypothèse de crime ou de délit flagrant, l'autorisation du juge judiciaire a en effet toujours été prévue, même pour les mesures relevant de la police administrative, sauf en cas d'accord du conducteur <sup>(39)</sup>. Or, si le Conseil a déjà validé la seconde exception <sup>(40)</sup>, il n'a pas encore statué sur la première, c'est-à-dire sur la disposition de la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence qui autorise le préfet à décider seul de telles mesures <sup>(41)</sup> et dont l'adoption - qui sera toutefois retardée à la loi de prorogation post-Nice - avait été mise en avant par le Gouvernement en décembre 2015 pour justifier la révision de la Constitution dite "de protection de la Nation" <sup>(42)</sup>.

La compétence du juge judiciaire est-elle donc toujours une exigence constitutionnelle ? La réponse est négative. En réalité, seules les privations de liberté (gardes à vue, rétention, détention, hospitalisation sans consentement) continuent de relever de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution <sup>(43)</sup>. La liberté d'aller et de

venir - désormais explicitement considérée comme une composante de la liberté personnelle - et le droit au respect de la vie privée - en cas de visite ou de fouille de véhicule - sont donc désormais considérées comme seules compromises par de tels contrôles. Lorsque la liberté d'aller et de venir est en cause, le contrôle exercé, qui est restreint, est d'ailleurs là encore **un contrôle de droit commun**, que - croit-on pouvoir ainsi systématiser - seule la gravité de l'atteinte qui y est apportée peut parfois contribuer à renforcer - je pense en particulier aux décisions QPC *Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence I et II* en date des 22 décembre 2015 et 16 mars 2017 <sup>(44)</sup> dans lesquelles le contrôle exercé est entier <sup>(45)</sup>.

Le Conseil s'en souviendra sans doute lorsqu'il examinera l'une des dispositions de la loi du 30 octobre 2017 dont on vient de parler et qui fait également l'objet d'une QPC dont le Conseil d'Etat vient d'être saisi. Pour permettre de sortir de l'état d'urgence, la loi autorise en effet les préfets à instaurer des périmètres de protection et à les accompagner de fouilles, en particulier de véhicules. Ces dernières sont toutefois - et c'est une différence notable avec l'état d'urgence - subordonnées au consentement des personnes concernées, même si une restriction supplémentaire à la liberté d'aller et de venir est désormais attachée au refus de les accepter, l'accès au périmètre - ou le fait d'y rester - pouvant être refusé <sup>(46)</sup>.

Bref, et pour conclure cette première partie de mon exposé, on constatera que la vie privée n'a pas attendu **l'état d'urgence** pour être moins protégée lorsque des mesures de **police administrative** y portent atteinte. La **montée générale de la menace terroriste** a suffi, attentats du 11 septembre 2001 dans un premier temps, avec un premier **basculement de la vie privée** - au sens strict - dans l'escarcelle du contrôle restreint, puis, dans un second temps, attentats de janvier 2015 - dont on sait qu'ils ont accéléré l'adoption de la loi sur le renseignement - avec la glissade subséquente de l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances. La seule novation qui résulte de l'état d'urgence nous semble consister en l'obligation imposée par le Conseil au juge administratif d'exercer un contrôle exigeant de proportionnalité, le triple test et le contrôle entier étant en quelque sorte déportés pour ne viser que les mesures individuelles d'application, comme en témoigne éloquentement la décision précitée *Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence* <sup>(47)</sup>.

Faut-il s'inquiéter de cette évolution globale ? A chacun d'en juger, mais en connaissance de cause, ce qui suppose de connaître et de prendre en compte le véritable état de la jurisprudence, et donc la véritable portée - qui n'est assurément pas restée indolore - de la "migration normative" qui a affecté la vie privée.

Le tableau du traitement réservé par le Conseil à la vie privée est-il d'ailleurs aussi uniformément négatif ? Non, ce qui impose maintenant de prendre en compte l'influence, cette fois positive, exercée par le droit européen.

## **Seconde partie : Les traitements particuliers : vie privée et jurisprudence européenne**

Les relations entre le traitement du droit au respect de la vie privée par le Conseil constitutionnel et celui opéré par la CourEDH font l'objet d'un second lieu commun doctrinal : autant la notion européenne de vie privée serait large et en constante extension, autant celle utilisée par le Conseil serait restrictive, bien que complétée par le jeu d'autres libertés, dont la liberté personnelle. La mise en relation intéresse donc exclusivement le **champ d'application de la vie privée**, conception large *versus* conception restrictive, et la prise en compte de la liberté personnelle, bien que jugée nécessaire pour analyser la concordance - ou la divergence - des jurisprudences, le plus souvent renvoyée à d'autres études. Or, il me semble que la relation entre les deux jurisprudences est également d'un autre ordre, moins horizontal, et que son étude révèle, au moins dans certains champs, non la divergence des approches, mais au contraire leur **unité**. Sous l'influence - certes demeurée souterraine, mais néanmoins réelle - de la jurisprudence européenne, le Conseil a en effet renforcé son contrôle dans certains domaines, en particulier dans celui du traitement des données personnelles et, ainsi, créé des îlots de **contrôle approfondi que seule une analyse plus verticale des techniques de contrôle permet d'appréhender**. Plutôt que de prendre le contrepied de l'analyse doctrinale dominante, je souhaiterais davantage la prolonger et l'approfondir. Prendre la tangente, donc, tout en partant de ses constats.

1. Commençons par le lieu commun, le **caractère restrictif de la vie privée** : comme le montrent les décisions citées dans ma première partie, seuls l'intimité et le secret de la vie privée sont protégés :

- contre **les intrusions dans l'espace privé** d'une part : sont visées les perquisitions ou les visites domiciliaires, les fouilles de véhicules, ou encore les introductions dans des lieux privés ou des véhicules en vue de permettre, entre autres, leur géolocalisation, leur sonorisation ou la captation d'images. Une restriction nouvelle a d'ailleurs surgi dans la décision précitée de 2016 <sup>(48)</sup> - les locaux professionnels y sont exclus de la "protection du domicile"

alors même qu'ils étaient implicitement protégés au titre de la liberté individuelle avant 1999 - et ne manque de laisser perplexes tant elle est susceptible de poser problème au regard de la jurisprudence de la CourEDH.

- **contre les atteintes au secret de la vie privée** d'autre part : sont visées les mesures de géolocalisation, de vidéosurveillance, mais aussi l'obligation de communication de données personnelles <sup>(49)</sup> ou de données couvertes par le secret professionnel, leur saisie, leur recueil par un logiciel, leur diffusion ou leur traitement par les pouvoirs publics ou par certaines catégories de personnes privées. Dans la décision QPC *Huis clos de droit à la demande de la victime partie civile pour le jugement de certains crimes* - de viol, en particulier- rendue le 21 juillet 2017, le Conseil a également précisé que la dérogation au principe de publicité prévue par la loi "ne s'applique que pour des faits [...] dont la divulgation au cours de débats publics affecterait la vie privée de la victime en ce qu'elle a de plus intime" et qui constituent donc des "circonstances particulières nécessitant, pour un motif d'intérêt général, le huis clos" <sup>(50)</sup>.

La **liberté de la vie privée** est-elle alors laissée sans protection ? La réponse est assurément négative. Si le droit d'entretenir une correspondance, de téléphoner ou de recevoir des visites a été rangé sous la bannière de la vie privée dans les décisions QPC du 11 octobre 2013 *Élection de domicile des étrangers en situation irrégulière sans domicile stable* <sup>(51)</sup> et du 24 mai 2016 *Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire* <sup>(52)</sup> ainsi que, semble-t-il, le droit de posséder une arme, dans la décision QPC du 17 janvier 2012 *Procédure de dessaisissement d'armes* <sup>(53)</sup>, d'autres libertés prennent en général le relais.

La **liberté personnelle**, dont le champ d'application est de plus en plus vaste au fil des décisions rendues par le Conseil, est ici en première ligne. Trouvant également son fondement dans l'article 2 de la Déclaration qui complète toutefois une référence fréquente aux articles 1er et 4 de ce même texte <sup>(54)</sup>, elle recouvre non seulement la liberté de se marier et - depuis une décision QPC de 2016 <sup>(55)</sup>- de divorcer, la liberté d'aller et de venir, mais aussi, si l'on en croit le dernier commentaire autorisé qui la vise et qui accompagne la décision QPC *Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté* en date du 2 juin 2017 <sup>(56)</sup>, le fait pour une personne de décider elle-même sur les sujets qui la concernent <sup>(57)</sup>, c'est-à-dire, **disons-le sans détour et avec le vocabulaire de la CourEDH le droit à l'autonomie personnelle**. L'administration forcée de soins médicaux à une personne souffrant de troubles mentaux <sup>(58)</sup> et les conditions dans lesquelles une décision d'arrêt des traitements de maintien en vie peut être prise <sup>(59)</sup> ont ainsi été considérées par le Conseil comme mettant en cause cette liberté, même si la conciliation opérée par le législateur entre les impératifs antagonistes - dans le premier cas - ou sa mise en oeuvre - dans le second - a été considérée comme conforme à la Constitution.

Et ce n'est pas tout. Elle doit en effet être complétée par la **liberté de la femme**, liberté qui découle également de l'article 2 de la Déclaration. Dans sa décision DC du 16 mars 2017 *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse* <sup>(60)</sup>, le Conseil a ainsi considéré l'extension de ce délit comme permettant de "garantir" cette liberté, les dispositions contestées réprimant le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables à celle-ci par tout moyen. Une **liberté personnelle innommée** joue même parfois, comme dans la décision DC du 7 octobre 2010 *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* <sup>(61)</sup>, le Conseil ayant commencé par invoquer l'article 4 de la Déclaration - qui couvre sans aucun doute la liberté de se vêtir - avant de continuer par son article 10 relatif à la liberté d'opinion et par l'alinéa 3 du Préambule de 1946 relatif au principe d'égalité des femmes et des hommes. Quant aux **contraintes** exercées sur les personnes dans le cadre de la procédure pénale, dont certaines peuvent **porter atteinte à leur intégrité physique**, elles sont contrôlées au titre du "principe résultant des articles 4 et 9 de la Déclaration de 1789 - selon lequel la liberté de la personne ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire" <sup>(62)</sup>.

En ajoutant le droit au respect d'une vie familiale normale, qui a également valeur constitutionnelle sur le fondement du Préambule de 1946, la liberté d'accès à une profession qui est protégée au titre de la liberté d'entreprendre sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration, le droit à la protection de la santé et celui de vivre dans un environnement équilibré respectivement reconnus sur le fondement du Préambule de 1946 et de la Charte de l'environnement, on reconnaîtra ici sans difficulté quelques unes des multiples facettes de la vie privée, au sens large que lui a donné la CourEDH, droit à la vie privée personnelle, droit à la vie privée sociale et droit à l'autonomie personnelle, si l'on reprend la systématisation proposée par F. Sudre dans ses écrits <sup>(63)</sup>.

Que manque-t-il à l'appel ? Ma réponse se fera en deux temps :

- D'abord, si certaines des libertés ou certains des droits protégés au titre de la CEDH n'ont pas encore été consacrés par le Conseil, c'est parfois - et c'est heureux - parce qu'aucune disposition législative ne les restreint arbitrairement - on pense en particulier au droit à la liberté de la vie sexuelle ou au droit à la réputation, qui relèvent, toujours selon F. Sudre, du **droit à la vie privée personnelle**, ou au droit de conserver sa nationalité dont la Cour n'a pas exclu qu'il puisse relever du **droit à la vie privée sociale** <sup>(64)</sup>.

C'est aussi parfois - et c'est moins heureux - parce que le Conseil n'a pas encore été saisi de dispositions législatives qui les restreignent. La chose risque toutefois de ne pas tarder. On pense ainsi à **la liberté de choix du domicile**, que la loi du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme, leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale* a restreinte dans le cadre du régime administratif de contrôle des retours sur le territoire national - le Ministre de l'intérieur peut imposer à une personne une obligation temporaire de déclarer son domicile et tout changement de domicile <sup>(65)</sup> - et que la loi du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* reprend dans le cadre du régime de contrôle administratif et de surveillance des personnes destinée à se substituer aux assignations à résidence de l'état d'urgence <sup>(66)</sup>. Une telle liberté pourrait ainsi être consacrée, soit en tant que **composante de la vie privée** dans la décision Décision QPC du 5 octobre 2012 *Régime de circulation des gens du voyage*, une simple obligation administrative de rattachement, n'impliquant aucune obligation de résidence, n'est pas considérée comme restreignant ce droit <sup>(67)</sup> - soit en tant que **composante de la liberté personnelle**, les deux libertés étant d'ailleurs susceptibles d'être restreintes simultanément, tant les limitations qui y sont apportées sont susceptibles de restreindre le secret de la vie privée **et** l'autonomie personnelle.

Le droit de nouer des relations avec ses semblables, qui compose le **droit à la vie privée sociale tel que consacré par la Cour EDH**, toujours selon F. Sudre, est d'ailleurs également restreint par les deux textes précités - le Ministre de l'intérieur peut imposer à une personne "de ne pas se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics" <sup>(68)</sup>. Au fil des restrictions apportées par la loi pour lutter contre le terrorisme, la liberté personnelle pourrait donc s'enrichir des multiples facettes que le droit européen reconnaît déjà à la vie privée, d'autant plus que le droit de ne pas maintenir des relations de travail avait justifié l'entrée en scène de cette liberté en 1988 <sup>(69)</sup>.

- Ensuite, et ce sera la seconde partie de ma réponse, quid du **droit au développement personnel**, qui compose également le droit à la vie privée sociale, toujours selon F. Sudre ? C'est là que le bât blesse sans doute, au moins du point de vue des droits consacrés. Point de **droit à l'identité personnelle** consacré par le Conseil et point de **droit à la connaissance de ses origines** ; dans ce dernier cas, uniquement des intérêts dont la conciliation avec des objectifs d'intérêt général ou de valeur constitutionnelle antagonistes relève de la seule compétence du législateur. Ont ainsi été concernés l'établissement par une personne de sa filiation - dans la décision QPC du 30 septembre 2011 *Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation* <sup>(70)</sup>, l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur est le respect dû aux morts, dont la prise en compte, précise le Conseil, relève du seul législateur - et l'accès à ses origines personnelles - dans la décision QPC du 16 mai 2012 <sup>(71)</sup> du même nom, l'objectif poursuivi par la disposition législative permettant à la mère ayant accouché sous X de s'opposer à la révélation de son identité est celui de valeur constitutionnelle de protection de la santé. Le droit reconnu à la mère d'accoucher sous X n'est d'ailleurs pas davantage reconnu comme relevant de la liberté de la femme, mais uniquement comme permettant de mettre en oeuvre cet objectif, l'équilibre entre ces intérêts, précise également le Conseil, relevant aussi de la compétence exclusive du législateur <sup>(72)</sup>. Le **droit à l'autonomie personnelle** consacré par le Conseil *via* la liberté personnelle a d'ailleurs aussi ses limites, ne s'étendant pas aux prélèvements des cellules du sang de cordon ou placentaire ou des cellules du cordon ou du placenta en vue de leur conservation par la personne pour un éventuel usage ultérieur, notamment dans le cadre familial <sup>(73)</sup>.

Ces derniers développements relatifs aux droits qui ont pris le relais de la vie privée et que l'on peut englober dans une seule catégorie, celle de la **liberté personnelle au sens large**, supposent en réalité de connaître déjà le **régime de protection** qui lui est appliqué par le Conseil. Cette question, pourtant fondamentale, est peu traitée en doctrine. Elle est fondamentale car l'éventuel constat d'un régime de protection pour l'essentiel identique à celui de la vie privée enlève à cette différence de fondement - liberté personnelle *versus* vie privée - tout intérêt véritable : le caractère restrictif de la première serait compensé par l'expansionnisme de la seconde, et les droits traités à l'identique. Or, tel est justement le cas, les restrictions apportées à la liberté personnelle ayant fait depuis l'origine l'objet d'un **contrôle global et restreint de proportionnalité tout en pouvant ne poursuivre qu'un simple intérêt général** <sup>(74)</sup>. On explique ainsi par là que la liberté personnelle puisse parfois être présentée par certains commentaires autorisés comme un concept englobant - "le Conseil a rattaché la liberté d'aller et de venir, la liberté du mariage et le droit à la protection de la vie privée à la « liberté personnelle » garantie par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789" <sup>(75)</sup>, peut-on lire dans le commentaire de la décision de 2014 *Loi relative à la géolocalisation* - et qu'en dépit du caractère restrictif de la vie privée, un système de vases communicants ait parfois pu s'établir à son profit et au détriment de la liberté personnelle - on pense ici à la protection des données personnelles qui a commencé d'être protégée au titre de la liberté personnelle dans la décision DC du 25 juillet 1991 *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen* du 14 juin 1985 <sup>(76)</sup>, avant d'être enrôlée sous la bannière de la vie privée à partir de la décision du 27 décembre 2001 *Loi de finances rectificative pour 2001* <sup>(77)</sup>. A côté de ce régime de droit commun, qui fait de ces deux droits des droits de second rang, apparaissent d'ailleurs, pour la liberté personnelle comme pour le droit au respect de la vie privée, des zones de contrôle renforcé - on pense pour l'essentiel à la liberté du mariage <sup>(78)</sup> - où le contrôle est

entier et l'objectif poursuivi forcément de valeur constitutionnelle. A cet flot de contrôle renforcé répond toutefois l'îlot de contrôle "hyper-restreint" que nous avons déjà accosté auparavant, celui des **questions de société**, où la liberté personnelle cède le pas à celle du législateur, ses contours et son régime de protection étant définis afin de ne pas réduire son pouvoir d'appréciation, qu'il s'agisse de l'objectif à poursuivre ou de la conciliation à opérer entre les différents intérêts en cause <sup>(79)</sup>.

A force d'insister sur le caractère restrictif de la vie privée en contentieux constitutionnel français, on finit donc peut-être par en exagérer la portée, tant la vie privée au sens européen a pour l'essentiel trouvé d'autres habits à sa mesure. Dans notre fable, c'est tout simplement une autre grenouille qui veut se faire aussi grosse que le boeuf européen... On a aussi peut-être tendance à en réduire abusivement la signification, oubliant que l'influence européenne - et mon exemple servira de transition au second point de ma seconde partie - n'agit pas seulement sur les contours - externes ou externalisés - de la vie privée, mais également sur les **caractéristiques du contrôle exercé**. J'en veux pour preuve le **droit au secret professionnel des avocats** auquel le Conseil constitutionnel a dénié toute existence **spécifique** dans le bloc de constitutionnalité dans sa décision du 24 juillet 2015 *Accès administratif aux données de connexion* <sup>(80)</sup> alors même que la CourEDH le protège au titre de la vie privée - et des droits de la défense. La jurisprudence du Conseil constitutionnel se situe-t-elle pour autant "très en retrait de la jurisprudence européenne" sur ce point <sup>(81)</sup>? Une lecture attentive des trois décisions rendues par le Conseil, dans lesquelles ce droit a été invoqué, montre non seulement qu'il est protégé au titre de la vie privée - il n'a donc pas besoin de faire l'objet d'une protection spécifique <sup>(82)</sup> - mais qu'il est particulièrement protégé, le contrôle exercé étant le plus souvent entier <sup>(83)</sup>. L'influence européenne n'est donc pas moins réelle, mais se situe en l'occurrence à un autre niveau, le secret professionnel des avocats bénéficiant, comme en droit européen, d'une "protection renforcée" <sup>(84)</sup>.

2. Place, donc, à une approche verticale. Un tel contrôle renforcé a également pris pied, sous l'influence européenne, dans le domaine particulier de la **protection des données personnelles**.

Avant 2012, le contrôle exercé sur les caractéristiques des fichiers créés ou modifiés par la législateur est de droit commun : il est pour l'essentiel **global** et **restreint**, seule l'utilisation de ces fichiers à des fins administratives faisant l'objet d'un contrôle approfondi <sup>(85)</sup>. En témoigne en particulier la décision du 13 mars 2003 *Loi sur la sécurité intérieure* déjà citée sur ce point : "Considérant que l'ensemble de ces garanties est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée" <sup>(86)</sup>.

La CourEDH, de son côté, soumet déjà leur mise en oeuvre à un contrôle **différencié** et **rigoureux** : elle exige en particulier que les données qui y figurent soient "pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées", et "l'existence ou non d'un contrôle indépendant de la justification de leur maintien dans le système de traitement, exercé sur la base de critères précis" est prise en compte <sup>(87)</sup>.

Dans la décision DC du 22 mars 2012 *Loi relative à la protection de l'identité* <sup>(88)</sup>, le Conseil a donc décidé, par un nouveau considérant de principe et sous la bannière du **droit au respect de la vie privée**, que « la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en oeuvre de manière adéquate et proportionnée à l'objectif poursuivi » <sup>(89)</sup>. Le contrôle n'est plus restreint au manifeste, mais différencié et entier.

Une telle évolution était tout simplement nécessaire pour éviter un nouveau "*Zielinski*" <sup>(90)</sup>, comme le montre la condamnation en 2014 de la France par la CourEDH pour sa mise en oeuvre du fichier STIC (système de traitement des infractions constatées) <sup>(91)</sup>, pourtant contrôlé et déclaré constitutionnel par le Conseil dans sa décision de 2003 précitée et – sur le point concerné - dans celle du 10 mars 2011 *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure* <sup>(92)</sup>. On le voit, si un tel épisode ne s'est pas renouvelé, c'est de justesse : la jurisprudence s'est certes rangée aux exigences européennes avant la condamnation, mais il doit être clair que celle antérieure demeurait, tant dans ses éléments (indifférenciés) que dans son intensité (restreinte), en deçà des standards européens.

L'occasion d'un tel revirement, totalement passé sous silence dans le commentaire autorisé <sup>(93)</sup> mais enfin explicitement reconnu dans celui de la décision QPC du 27 octobre 2017 *Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires* <sup>(94)</sup>, a été fournie par l'examen d'une loi portant création d'un fichier de données biométriques. Visant la quasi-totalité de la population française, il permettait en effet de conserver des données biométriques sensibles – en l'occurrence les empreintes digitales – dans le double objectif de sécuriser l'établissement des pièces d'identité (cartes d'identité et passeports) et de prévenir la commission ou de retrouver les auteurs de certaines infractions, dont celle de terrorisme. Alors même que sa création poursuivait entre autres un objectif de prévention et de répression du terrorisme, il n'en a pas moins été déclaré inconstitutionnel pour disproportion : à la suite de la CNIL qui avait été saisie pour avis, le

Conseil a estimé qu'« eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation », l'atteinte au droit au respect de la vie privée ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi. Le commentaire insiste d'ailleurs sur l'existence de mesures alternatives moins contraignantes pour atteindre l'objectif initial de sécurisation des pièces d'identité et montre ainsi que le contrôle de la nécessité au sens de la décision *Rétention de sûreté*, même s'il est absent de la motivation explicite des décisions rendues par le Conseil, peut contribuer à faire pencher la balance dans le sens de la disproportion.

Directement rattaché au droit au respect de la vie privée, ce nouveau droit fait donc désormais l'objet d'une protection renforcée<sup>(95)</sup>. Dans la décision QPC du 27 octobre 2017 précitée, la loi de 2016 qui a tiré les conclusions de la déclaration d'inconventionnalité du fichier STIC - devenu entre temps le fichier TAJ (traitement des antécédents judiciaires) - est d'ailleurs estimée insuffisante par le Conseil. Ce fichier poursuit ainsi, mais devant un nouveau Conseil, ainsi métamorphosé en relais de la Cour, ses mésaventures juridictionnelles.

Si le champ d'application de ce droit s'est élargi, au-delà des traitements de données à caractère personnel, aux dispositions législatives qui imposent une obligation de transparence de la vie publique<sup>(96)</sup> ou économique<sup>(97)</sup> ou qui autorisent un échange d'informations<sup>(98)</sup>, la poursuite par le législateur d'un **objectif de valeur constitutionnelle** peut toutefois contribuer à la restreindre. C'est ce qu'a montré la jurisprudence rendue ultérieurement par le Conseil, que l'objectif poursuivi soit de protection de la santé dans la décision du 21 janvier 2016 *Loi de modernisation de notre système de santé*<sup>(99)</sup>, de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation dans la décision QPC du 21 octobre 2016 *Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne*<sup>(100)</sup> ou de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales dans la décision QPC du 21 octobre 2016 *Registre public des trusts*<sup>(101)</sup>. On retrouve donc là une distinction entre les contrôles exercés selon l'intérêt poursuivi par le législateur - simple intérêt général ou objectif de valeur constitutionnelle - que le Conseil avait déjà appliquée aux restrictions apportées à la liberté d'entreprendre, le contrôle se restreignant avec l'importance de l'objectif poursuivi. Comme trop souvent dans la jurisprudence du Conseil, cette distinction reste toutefois dans les limbes du non-dit et, même si son jeu est confirmé par toutes les décisions rendues depuis 2012 - à l'exception de celle QPC du 27 octobre 2017 *Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires*, - ne peut qu'être proposée à titre d'hypothèse par la doctrine.

Une autre influence, peut-être : celle de la CJUE, qui pourrait être à l'origine d'un autre revirement, cette fois explicitement assumé par le commentaire autorisé de l'une des décisions concernées. Il aurait permis, à partir de 2015, de considérer que "la communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée" et d'examiner l'insuffisance des dispositions qui l'autorisent en QPC<sup>(102)</sup> tout en exigeant des garanties supplémentaires. La même disposition, déclarée constitutionnelle en 2001 dans les motifs d'une décision, est ainsi déclarée inconstitutionnelle en 2015. Le commentaire justifie cette élévation du niveau d'exigence du Conseil par les évolutions techniques et les capacités de traitement des masses de données en constante expansion, et constate qu'elle s'observe également au niveau communautaire<sup>(103)</sup>.

L'influence de la jurisprudence de la CourEDH s'est enfin exercée sur le contrôle de **l'incompétence négative** exercé par le Conseil. D'un côté, on trouve en effet les **garanties de fond et de procédure prises en compte** par ce dernier, qu'elles concernent l'intervention d'une autorité indépendante - on pense bien sûr à la CNIL ou à la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement - l'autorisation du Premier ministre, l'information ou l'autorisation du juge judiciaire ou la transmission des éléments litigieux par l'intéressé lui-même. Il ne s'agit là évidemment que de quelques exemples, les exigences du Conseil variant évidemment selon la nature et l'ampleur de la restriction opérée. Le plus souvent, celles manquantes ne sont d'ailleurs pas précisées<sup>(104)</sup>, sauf à faire l'objet de réserves d'interprétation. D'un autre côté - et c'est ici qu'a été prise en compte la jurisprudence européenne - on trouve une garantie érigée en "**garantie légale d'une exigence constitutionnelle**" dont le non-respect est désormais sanctionné en tant que violation du droit au respect de la vie privée<sup>(105)</sup> : le droit au recours. Obligation positive procédurale, « découverte » par la CourEDH sur le fondement des différents droits substantiels<sup>(106)</sup>, l'obligation de mettre en place et de rendre effectives des procédures permettant à la personne concernée de contester les mesures y portant atteinte est désormais protégée en tant que garantie légale de l'exigence constitutionnelle de respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil, comme en témoignent les décisions QPC du 29 novembre 2013 *Visite des navires par les agents des douanes*<sup>(107)</sup> et QPC du 24 mai 2016 *Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire*<sup>(108)</sup>.

Quelle conclusion peut-on tirer de cette traversée à pas de course de la jurisprudence du Conseil ? elle ne peut qu'être mitigée, tant cette matière est elle-même traversée par des forces contradictoires : entre l'allègement des contraintes pesant sur les restrictions apportées au droit au respect de la vie privée - dû à son décrochage de la liberté individuelle et dont les effets, progressivement tirés, semblent avoir été décuplés par la prise en compte de l'objectif de lutte contre le terrorisme - et le double processus d'approfondissement ponctuel de sa protection et

d'externalisation du droit à l'autonomie personnelle - dû à l'aiguillon européen - elle est à l'image de notre société : inquiète pour la sécurité de ses membres, mais soucieuse de maintenir ou d'accroître les conditions de leur épanouissement.

---

<sup>(1)</sup>Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

<sup>(2)</sup>Décision n° n° 97-389 DC du 22 avril 1997 *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 44.

<sup>(3)</sup>Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*

<sup>(4)</sup>Dans l'article de V. MAZEAUD ("La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée", *NCCC* 2015, n° 48, p. 20), la question de l'intensité de la protection accordée au droit au respect de la vie privée est posée en conclusion, mais n'est pas examinée.

<sup>(5)</sup>En ce sens, V. en particulier X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 4ème édit, n° 680.

<sup>(6)</sup>"Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *NCCC* 2015, n° 48, p. 35.

<sup>(7)</sup>Sur la distinction entre les droits de premier et de second rang, une catégorie intermédiaire étant également apparue dans la jurisprudence, on pourra se reporter à V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2ème édit. 2016, n° 126 et suiv.

<sup>(8)</sup>Décision n° 2008-562 DC.

<sup>(9)</sup>C'est nous qui mettons en gras.

<sup>(10)</sup>Décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016.

<sup>(11)</sup>Décision n° 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016.

<sup>(12)</sup>Décision n° 2013-367 QPC du 14 février 2014.

<sup>(13)</sup>Décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001.

<sup>(14)</sup>Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007.

<sup>(15)</sup>Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015.

<sup>(16)</sup>Décision n° 2015-722 DC du 26 novembre 2015.

<sup>(17)</sup>Pour une analyse systématique de la jurisprudence sur ce point, on pourra se reporter à V. GOESEL-LE BIHAN, "Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes", *RFDC* 2017, p. 280-291.

<sup>(18)</sup>Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 27.

<sup>(19)</sup>Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014.

<sup>(20)</sup>Dans le même sens, v. également la déc. n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 70 à 75.

<sup>(21)</sup>En ce sens, v. les décisions n° 2013-357 QPC *Visite des navires par les agents des douanes* du 29 novembre 2013, cons. 6. ; n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 38 ; n° 2015-464 QPC du 9 avril 2015 *Délict d'obstacle au droit de visite en matière d'urbanisme*, cons. 3 ; n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 *Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence*, cons. 5 ; n° 2016-541 QPC du 18 mai 2016 *Visite des navires par les agents des douanes II*, cons. 5 ; n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016 *Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II*, cons. 7 ; n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 *Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III*, cons. 6.

<sup>(22)</sup>En ce sens, v. les décisions n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 70 ; n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 *Loi relative à la géolocalisation*, cons. 10 ; n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014 *Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée*, cons. 9 ; n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 *Loi relative au renseignement*, cons. 2 ; n° 2015-508 QPC du 11 décembre 2015 *Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits de blanchiment, de recel et d'association de malfaiteurs en lien avec des faits d'escroquerie en bande organisée*, cons. 8 ; n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016 *Droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie*, cons. 13.

<sup>(23)</sup>Cons. 70 : "Considérant que la prévention d'atteintes au droit de propriété et à l'ordre public sont nécessaires à la sauvegarde de principes et de droits de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient cependant au législateur, en prévoyant la répression de telles atteintes, d'assurer la conciliation entre ces exigences constitutionnelles et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile".

<sup>(24)</sup>Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

<sup>(25)</sup>En ce sens, v. V. GOESEL-LE BIHAN, "Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes", *op. cit.* p. 277. Une exception, qui intéresse toutefois une incrimination pénale, est cependant analysée p. 282.

<sup>(26)</sup>Décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, cons. 7 : "Considérant que la lutte contre la fraude en matière douanière justifie que les agents des douanes soient habilités à visiter les navires y compris dans leurs parties affectées à un usage privé ou de domicile ; qu'en permettant que de telles visites puissent avoir lieu sans avoir été préalablement autorisées par un juge, les dispositions contestées prennent en compte, pour la poursuite de cet objectif, la mobilité des navires et les difficultés de procéder au contrôle des navires en mer". Quant au commentaire de la décision, il précise qu'"il résulte de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel amorcée en 1999 que, hors du cadre des actes de police judiciaire, l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser la pénétration dans un domicile n'est plus une exigence constitutionnelle. Toutefois, des garanties légales assurant le respect des exigences constitutionnelles découlant de l'article 2 de la Déclaration de 1789 doivent encadrer la pénétration dans un domicile" (p. 8).

<sup>(27)</sup>Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 4 : "que, d'une part, ces mesures de perquisition, qui relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; que, d'autre part, ces mesures n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ; que, par suite, ces perquisitions administratives n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ; que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté".

<sup>(28)</sup>Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 12.

<sup>(29)</sup>Déc. n° 2016-552, cons. 14 : "les dispositions contestées permettent uniquement la communication des livres, factures et autres documents professionnels. Elles ne sont pas relatives à l'entrée dans un lieu à usage d'habitation. [...] Par conséquent, elles ne portent [pas] atteinte [...] au droit à la protection du domicile [...] Les griefs tirés de la méconnaissance des droits et libertés garantis par l'article 2 de la Déclaration de 1789 doivent donc être écartés".

<sup>(30)</sup>Dans le sens d'un tel contrôle, v. la déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, le contrôle exercé sur les règles de perquisition spéciales instaurées par la loi pour

les infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées étant entier (cons. 47 : "Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces conditions que le législateur n'a pas porté au principe d'inviolabilité du domicile une atteinte non nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions graves et complexes" ; cons. 52 : "Considérant, en conséquence, que les dispositions critiquées ne portent pas à l'inviolabilité du domicile une atteinte excessive" ; cons. 56 : "que, sous cette réserve, les dispositions critiquées ne portent pas une atteinte excessive au principe de l'inviolabilité du domicile"). La décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 *Loi relative à la géolocalisation* va dans le même sens (cons. 16 et 17).

<sup>(31)</sup> Article 4 : "Le titre II du livre II du code de la sécurité intérieure est complété par un chapitre IX ainsi rédigé [...] Art. L. 229-1. – Sur saisine motivée du représentant de l'État dans le département ou, à Paris, du préfet de police, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris peut, par une ordonnance écrite et motivée et après avis du procureur de la République de Paris, autoriser la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent, aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes.

<sup>(32)</sup> Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 14.

<sup>(33)</sup> Jean-Baptiste Jacquin, "La Ligue des droits de l'homme attaque la loi post-état d'urgence", *Le Monde*, 15 novembre 2017. Cette disposition a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *M. Rouchdi B. et autre*, cons. 57 à 66.

<sup>(34)</sup> Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 61.

<sup>(35)</sup> Déc. n° 2016-738 DC.

<sup>(36)</sup> Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 12.

<sup>(37)</sup> Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017.

<sup>(38)</sup> En ce sens et confirmant ce décrochage, v. déc. n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017 *Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence*, cons. 3 ; V. également - s'agissant cette fois de la possibilité, prévue par la loi du 30 octobre 2017, de retenir sur place une personne durant le temps de la visite d'un lieu à des fins de prévention du terrorisme - la déc. n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *M. Rouchdi B. et autre*, cons. 63.

<sup>(39)</sup> Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 15.

<sup>(40)</sup> Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 13 et 14.

<sup>(41)</sup> La décision a été rendue le 1er décembre 2017 (v. la note 38). Le Conseil a considéré cette disposition comme inconstitutionnelle, non en raison de l'absence d'intervention du juge judiciaire, mais parce que "s'il est loisible au législateur de prévoir que les opérations mises en œuvre dans ce cadre peuvent ne pas être liées au comportement de la personne, la pratique de ces opérations de manière généralisée et discrétionnaire serait incompatible avec la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée. Or, en prévoyant que ces opérations peuvent être autorisées en tout lieu dans les zones où s'applique l'état d'urgence, le législateur a permis leur mise en œuvre sans que celles-ci soient nécessairement justifiées par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause. Dès lors, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée".

<sup>(42)</sup> En ce sens, v. l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation déposé à l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015, qui invoque également les retenues de personnes ainsi que les saisies des lors des perquisitions. Ce sont donc trois restrictions à la vie privée, dont la constitutionnalité semblait douteuse, qui justifient au départ la révision de la Constitution proposée par le pouvoir exécutif et visant à constitutionnaliser l'état d'urgence.

<sup>(43)</sup> En ce sens, v. la décision QPC *Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République* en date du 24 janvier 2017 (cons. 17 : "Les dispositions contestées des articles 78-2 et 78-2-2 du code de procédure pénale permettent uniquement aux services de police judiciaire de procéder à des contrôles d'identité. Elles n'entraînent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution").

<sup>(44)</sup>Décisions n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 et n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017. Pour un autre exemple de contrôle qui ne paraît pas restreint, v. également la déc. n° 2017-631 QPC du 24 mai 2017 *Droit départemental de passage sur les ponts reliant une île maritime au continent*.

<sup>(45)</sup>Dans la décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018 *Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme*, le contrôle exercé est restreint, mais la conclusion concerne l'ensemble des droits invoqués, le Conseil considérant que le législateur "a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée, le droit de mener une vie familiale normale et le droit à un recours juridictionnel effectif". Le Conseil y impose un contrôle *a priori* du juge administratif des référés en cas de renouvellement de la mesure prise : "[...] toute décision de renouvellement de la mesure étant notifiée à la personne en cause au plus tard cinq jours avant son entrée en vigueur, celle-ci peut saisir, dans les quarante-huit heures, le juge des référés du tribunal administratif, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, afin qu'il ordonne toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde de ses droits et libertés. Ce recours est suspensif. Aux termes du même article L. 521-2, le contrôle mis en œuvre par le juge des référés est limité aux atteintes graves et manifestement illégales. En permettant que la mesure contestée soit renouvelée au-delà de trois mois sans qu'un juge ait préalablement statué, à la demande de la personne en cause, sur la régularité et le bien-fondé de la décision de renouvellement, le législateur a opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles précitées et l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public". Dans le même sens, mais s'agissant cette fois des restrictions de fréquentation prévues par la loi du 30 octobre 2017, v. la déc. n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *M. Rouchdi B. et autre*, cons. 54.

<sup>(46)</sup>Sur cette exigence, v. le nouvel article L. 226-1 du code de la sécurité intérieure qui dispose que "lorsque, compte tenu de la configuration des lieux, des véhicules sont susceptibles de pénétrer au sein de ce périmètre, l'arrêté peut également en subordonner l'accès à la visite du véhicule, avec le consentement de son conducteur [...]. Les personnes qui refusent de se soumettre, pour accéder ou circuler à l'intérieur de ce périmètre, aux palpations de sécurité, à l'inspection visuelle ou à la fouille de leurs bagages ou à la visite de leur véhicule s'en voient interdire l'accès ou sont reconduites d'office à l'extérieur du périmètre par les agents mentionnés au sixième alinéa du présent article". Cette disposition a été déclarée conforme à la Constitution, mais n'a fait l'objet que d'un contrôle restreint (déc. n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *M. Rouchdi B. et autre*, cons. 35).

<sup>(47)</sup>"Que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure qui doit être motivée est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit" (cons. 10).

<sup>(48)</sup>Déc. n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016 *Droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie*, cons. 14: "les dispositions contestées permettent uniquement la communication des livres, factures et autres documents professionnels. Elles ne sont pas relatives à l'entrée dans un lieu à usage d'habitation. [...] Par conséquent, elles ne portent [pas] atteinte [...] au droit à la protection du domicile [...] Les griefs tirés de la méconnaissance des droits et libertés garantis par l'article 2 de la Déclaration de 1789 doivent donc être écartés". Était en cause le droit de communication dont disposent les agents précités lors de l'exercice de leur droit d'accès aux locaux professionnels dans le cadre des enquêtes "simples" de concurrence, enquêtes au cours desquelles ils ne disposent d'aucun pouvoir coercitif. Comme l'explique le commentaire autorisé de la décision, "ce droit suppose que les documents et informations soient volontairement remis par leur détenteur, les agents n'ayant pas le pouvoir d'appréhender les pièces en cas de refus des intéressés, ni de procéder à des fouilles, à des saisies ou à des perquisitions". Le droit d'accès, qui peut être exercé sans mandat judiciaire, n'a pas été considéré par le Conseil comme faisant l'objet de la QPC.

<sup>(49)</sup>Pour le droit d'accès aux documents professionnels, qui n'est pas couvert par le droit au respect de la vie privée, on pourra se reporter à la même déc. n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016 *Droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie*, cons. 14 dans laquelle le Conseil considère que "les dispositions contestées permettent uniquement la communication des livres, factures et autres documents professionnels. [...] Elles ne permettent pas d'exiger la communication de documents protégés par le droit au respect de la vie privée ou par le secret professionnel. Par conséquent, elles ne portent atteinte [...] ni au droit au respect de la vie privée, ni au secret des correspondances. Les griefs tirés de la méconnaissance des droits et libertés garantis par l'article 2 de la Déclaration de 1789 doivent donc être écartés".

<sup>(50)</sup>Décision n° 2017-645.

<sup>(51)</sup>Décision n° 2013-347. Dans le même sens, mais s'agissant cette fois des restrictions de fréquentation prévues par la loi du 30 octobre 2017, v. la déc. n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *M. Rouchdi B. et autre*, cons.

48.

<sup>(52)</sup>Décision n° 2016-543. Pour les choix professionnels, v. déjà la déc. n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003 Loi portant décentralisation en matière de RMI et créant un RMA.

<sup>(53)</sup>Décision n° 2011-209.

<sup>(54)</sup>En ce sens, v., entre autres, la déc. n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017.

<sup>(55)</sup>Décision n° 2016-557 QPC du 29 juillet 2016 *Prononcé du divorce subordonné à la constitution d'une garantie par l'époux débiteur d'une prestation compensatoire en capital*.

<sup>(56)</sup>Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 *Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté*.

<sup>(57)</sup>Commentaire, p. 17.

<sup>(58)</sup>Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 *Hospitalisation sans consentement*.

<sup>(59)</sup>Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 *Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté*.

<sup>(60)</sup>Décision n° 2017-747 DC.

<sup>(61)</sup>Décision n° 2010-613 DC.

<sup>(62)</sup>Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005 *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*. Sur cette jurisprudence, v. V. GOESEL-LE BIHAN *op. cit.*, p. 279.

<sup>(63)</sup>Les différents éléments relatifs à la jurisprudence de la Cour EDH utilisés dans cette intervention sont issus de F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13ème édit., p. 697 et s. et "CEDH, Droits garantis, Droit au respect de la vie privée et familiale, Principes directeurs, Protection de la vie privée", *Juris-Classeurs Europe*, Fasc. 6524, 2016.

<sup>(64)</sup>En l'état actuel de la jurisprudence, la reconnaissance d'un tel droit ne pourrait toutefois se faire sur le fondement de la vie privée, le Conseil ayant considéré "que la déchéance de la nationalité d'une personne ne met pas en cause son droit au respect de la vie privée ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au respect de la vie privée est inopérant" (Décision n° 2014-439 QPC *Déchéance de nationalité*, cons. 22). Dans son avis sur le projet de loi constitutionnelle de *protection de la Nation* rendu le 23 décembre 2015, le Conseil d'Etat a ainsi indiqué que la mesure prévue "pourrait se heurter à un éventuel principe fondamental reconnu par les lois de la République interdisant de priver les Français de naissance de leur nationalité. Il est vrai qu'à supposer que les conditions de reconnaissance d'un tel principe soient réunies, cette circonstance ne suffirait pas nécessairement à le reconnaître. Surtout, la nationalité française représente dès la naissance un élément constitutif de la personne. Elle confère à son titulaire des droits fondamentaux dont la privation par le législateur ordinaire pourrait être regardée comme une atteinte excessive et disproportionnée à ces droits, qui, par suite, serait inconstitutionnelle. La mesure envisagée par le Gouvernement poserait, en particulier, la question de sa conformité au principe de la garantie des droits proclamé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen".

<sup>(65)</sup>Article L. 225-3 du code de la sécurité intérieure.

<sup>(66)</sup>Articles L. 228-2 et 3 du code de la sécurité intérieure.

<sup>(67)</sup>Décision n° 2012-279, cons. 27 : "Considérant que l'obligation de rattachement à une commune imposé aux personnes dépourvues de domicile ou de résidence fixe depuis plus de six mois est destinée à remédier à l'impossibilité, pour elles, de satisfaire aux conditions requises pour jouir de certains droits ou de remplir certains devoirs ; que cette obligation ne restreint ni la liberté de déplacement des intéressés, ni leur liberté de choisir un mode de logement fixe ou mobile, ni celle de décider du lieu de leur installation temporaire ; qu'elle ne restreint pas leur faculté de déterminer un domicile ou un lieu de résidence fixe pendant plus de six mois ; qu'elle n'emporte pas davantage obligation de résider dans la commune dont le rattachement est prononcé par l'autorité administrative ; que, par suite, les griefs tirés de ce que les articles 7 à 10 de la loi du 3 janvier 1969 porteraient atteinte à la liberté d'aller et de venir et au droit au respect de la vie privée doivent être écartés".

<sup>(68)</sup>Articles L. 225-3 et L. 228-5 du code de la sécurité intérieure. Cette dernière disposition a finalement été déclarée conforme à la Constitution, mais sans que la liberté personnelle ne soit invoquée. A la suite de l'association requérante, seuls les droits au respect de la vie privée, de mener une vie familiale normale et la liberté d'aller et de venir ont été considérés comme restreints par le Conseil (déc. n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *M*).

*Rouchdi B. et autre*, cons. 48). Dans la jurisprudence du Conseil, la liberté de fréquenter ses semblables relève donc de la vie privée, et non la liberté personnelle (v. note 51).

<sup>(69)</sup>Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 *Loi portant amnistie*, cons. 22 : "Considérant que les dispositions de l'article 15 [...] peuvent également affecter la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes".

<sup>(70)</sup>Décision n° 2011-173.

<sup>(71)</sup>Décision n° 2012-248 *Accès aux origines personnelles*.

<sup>(72)</sup>"Considérant qu'en permettant à la mère de s'opposer à la révélation de son identité même après son décès, les dispositions contestées visent à assurer le respect de manière effective, à des fins de protection de la santé, de la volonté exprimée par celle-ci de préserver le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement tout en ménageant, dans la mesure du possible, par des mesures appropriées, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant ; que les dispositions contestées n'ont pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles de protection de la santé ; qu'elles n'ont pas davantage porté atteinte au respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale".

<sup>(73)</sup>Décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012 *Prélèvement des cellules du sang de cordon ou placentaire ou des cellules du cordon ou du placenta*, cons. 7 : "que le législateur, en introduisant les dispositions contestées, a retenu le principe du don anonyme et gratuit de ces cellules ; qu'il a entendu faire obstacle aux prélèvements des cellules du sang de cordon ou placentaire ou des cellules du cordon ou du placenta en vue de leur conservation par la personne pour un éventuel usage ultérieur notamment dans le cadre familial ; que le choix du législateur de conditionner le prélèvement de ces cellules au recueil préalable du consentement écrit de la femme n'a pas eu pour objet ni pour effet de conférer des droits sur ces cellules ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté personnelle doit être écarté".

<sup>(74)</sup>Pour une présentation du contrôle exercé qui nous semble en déphasage avec la jurisprudence, v. le commentaire autorisé de la décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 *Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté* : "Si cette liberté doit être conciliée, le cas échéant, avec d'autres exigences constitutionnelles ou si des limitations peuvent lui être apportées pour des motifs d'intérêt général, c'est à la condition que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté soient adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis" (p. 18).

<sup>(75)</sup>Commentaire de la décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 *Loi relative à la géolocalisation*, p. 12.

<sup>(76)</sup>Décision n° 91-294 DC, cons. 49 : "Considérant que le chapitre III du titre IV de la convention comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories de données collectées par le "Système d'information Schengen" ; que des mesures complémentaires de protection résultent du titre VI".

<sup>(77)</sup>Décision n° 2001-457 DC, cons. 8 : "Considérant qu'aux termes mêmes de la disposition contestée, le droit d'accès qu'elle ouvre à de telles données, dont la divulgation serait de nature à porter atteinte à la vie privée".

<sup>(78)</sup>En ce sens, v. V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 277.

<sup>(79)</sup>Est donc contestable la présentation générale de la jurisprudence faite dans le commentaire de la décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 *Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté*. La portée et l'intensité du contrôle exercé par le Conseil sont en effet exagérés : "Si cette liberté [la liberté personnelle] doit être conciliée, le cas échéant, avec d'autres exigences constitutionnelles ou si des limitations peuvent lui être apportées pour des motifs d'intérêt général, c'est à la condition que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté soient adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis". Certains des exemples mentionnés le montrent d'ailleurs...

<sup>(80)</sup>Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, cons. 16 : "qu'en revanche, aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats et un droit au secret des sources des journalistes".

<sup>(81)</sup>En ce sens, F. SUDRE, Fascicule n° 6524, précité, p. 26.

<sup>(82)</sup> Une telle couverture apparaît clairement dans la décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*. A la requête des députés qui invoquent le fait que "les dispositions contestées portent atteinte au secret professionnel des avocats et aux droits de la défense", le Conseil répond, après avoir rappelé les garanties qu'elles prévoient, "que, par suite, les dispositions contestées ne méconnaissent pas les droits de la défense et ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée".

<sup>(83)</sup> Dans le sens d'un contrôle entier, on pourra se reporter à la décision citée dans la note précédente et à la décision du 24 juillet 2015 *Accès administratif aux données de connexion* dans laquelle le Conseil considère "qu'il résulte de ce qui précède que le législateur a prévu des garanties suffisantes afin qu'il ne résulte pas de la procédure prévue aux articles L. 246-1 et L. 246-3 du code de la sécurité intérieure une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, aux droits de la défense, au droit à un procès équitable, y compris pour les avocats et journalistes". Seule la décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 *Loi sur le renseignement* comporte un contrôle restreint : "Considérant que, selon les députés requérants, ces dispositions n'assurent pas une protection suffisante [...] à la confidentialité des échanges entre avocats et clients ; [...] qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions de l'article L. 821-7 ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances".

<sup>(84)</sup> Sur cette protection, v. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 26.

<sup>(85)</sup> Cette jurisprudence est analysée *in* V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 280 et s. Pour une décision plus récente dans le même sens, v. celle QPC n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Fichier Empreintes génétiques*.

<sup>(86)</sup> Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 27.

<sup>(87)</sup> CourEDH, 04/12/2008, *S. et MARPER c. Royaume-Uni*, n° 30562/04; 30566/04 et CourEDH, 17/12/2009, *Gardel c. France*, n° 16428/05.

<sup>(88)</sup> Décision n° 2012-652.

<sup>(89)</sup> Cons. 8.

<sup>(90)</sup> CourEDH, 28 octobre 1999, *Arrêt Zielinski et autres c. France*, RFDA 2000, p. 299 faisant suite à CC, déc. DC du 13 janvier 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale* Rec. p. 21. Dans cette affaire, l'approfondissement du contrôle exercé par le Conseil sur les validations législatives avait succédé à l'arrêt par lequel la CourEDH avait déclaré inconstitutionnelle une mesure d'application d'une loi qu'il avait précédemment déclarée constitutionnelle.

<sup>(91)</sup> CourEDH, 18 septembre 2014, *Brunet contre France*, n° 21010/10.

<sup>(92)</sup> Décision n° 2011-625 DC.

<sup>(93)</sup> Non seulement la jurisprudence de la CourEDH n'est pas prise en compte de façon explicite dans le commentaire, seule celle du CE étant exposée, mais le Conseil se livre à un véritable déni de revirement de jurisprudence, raccrochant sa solution nouvelle à sa jurisprudence antérieure alors même que le contrôle entier, d'exceptionnel, devient de principe et que les éléments du contrôle de proportionnalité exercé sont désormais explicitement différenciés.

<sup>(94)</sup> "Dans sa décision n° 2012-652 du 22 mars 2012, [...] il] est ainsi passé, en matière de traitement de données, d'un contrôle limité à l'absence de disproportion manifeste à un contrôle de proportionnalité plus poussé" (p. 13).

<sup>(95)</sup> Pour un même contrôle entier, v. les déc. n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013 *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 15, 17, 20, 22 ; n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013 *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 29 ; n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013 *Loi de finances rectificative pour 2013*, cons. 14 ; n° n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 *Loi relative à la consommation* ; n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016 *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, cons. 50 ; n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016 *Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines*, cons. 26 ; n° 2016-744 DC du 29 décembre 2016 *Loi de finances pour 2017*, cons. 63 ; n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, cons. 29 ; n° 2017-637 QPC *Refus d'accès à une enceinte sportive et fichier d'exclusion*, cons. 14 ; n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017 *QPC Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires*, cons. 14.

<sup>(96)</sup> Déc. n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013 *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 13 ; Déc. n°

2013-675 DC du 9 octobre 2013 *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 6 ; Déc. n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016 *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, cons. 48 ; Déc. n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017 *Loi pour la confiance dans la vie politique*, cons. 62 à 65 ; Déc. n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017 *Loi organique pour la confiance dans la vie politique*, cons. 5 et 26.

<sup>(97)</sup>Décision n° 2016-591 QPC du 21 octobre 2016 *Registre public des trusts*, cons. 3.

<sup>(98)</sup>Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, *Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines*, cons. 24 : "En second lieu, selon l'article 2 de la Déclaration de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». La liberté proclamée par cet article implique le droit au respect de la vie privée. Les échanges d'informations entre, d'une part, l'état-major de sécurité et la cellule de coordination opérationnelle des forces de sécurité intérieure et, d'autre part, les juridictions de l'application des peines et le service pénitentiaire d'insertion et de probation, sont susceptibles de porter atteinte à ce droit. Pour être conformes à la Constitution, ces atteintes doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif". Pour une application large encore plus récente, v. la déc. n° 2018-696 QPC du 30 mars 2018 *Pénalisation du refus de remettre aux autorités judiciaires la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie* dont la formulation de principe, qui mentionne le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, précise que "pour être conformes à la Constitution, les atteintes à ces droits doivent être justifiées par un objectif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée" tout en concluant à l'absence d'atteinte portée à ces droits.

<sup>(99)</sup>Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, cons. 92 : "Considérant que l'obligation de rendre publics, sur un site internet public unique, l'objet précis, la date, l'identité du bénéficiaire direct, l'identité du bénéficiaire final, le montant, y compris les rémunérations et les avantages en nature ou en espèces, des conventions conclues par les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire destinés à l'homme ou assurant des prestations associées à ces produits avec les autres acteurs du secteur de la santé porte atteinte au droit au respect de la vie privée ; que cette publication est destinée à garantir l'exhaustivité des informations relatives à l'existence et à la nature des liens d'intérêt entre les professionnels de santé et ces entreprises ; que cette atteinte est justifiée par l'exigence constitutionnelle de protection de la santé et par l'objectif d'intérêt général de prévention des conflits d'intérêt ; que, eu égard aux exigences particulières qui pèsent sur les acteurs du secteur de la santé et à la gravité des conséquences des conflits d'intérêt dans ce secteur, le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les principes constitutionnels en cause".

<sup>(100)</sup>Décision n° 2016-590, cons. 9 : "Il résulte de ce qui précède que, faute de garanties appropriées, les dispositions contestées portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances résultant de l'article 2 de la Déclaration de 1789".

<sup>(101)</sup>Décision n° 2016-591 : "La mention, dans un registre accessible au public, des noms du constituant, des bénéficiaires et de l'administrateur d'un trust fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine. Il en résulte une atteinte au droit au respect de la vie privée. Or, le législateur, qui n'a pas précisé la qualité ni les motifs justifiant la consultation du registre, n'a pas limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, placé sous la responsabilité de l'administration fiscale. Dès lors, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi".

<sup>(102)</sup>En ce sens, v. les déc. n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015 *Accès administratif aux données de connexion* ; n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017 *Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion* ; n° 2017-648 QPC du 4 août 2017 *Accès administratif en temps réel aux données de connexion* Pour un contrôle du même type exercé en DC, v. la déc. n° 2017-753 du 8 septembre 2017 *Loi organique pour la confiance dans la vie politique*, cons. 59. Pour une décision antérieure au revirement opéré, v., entre autres, à la déc. n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001 *Loi de finances rectificative pour 2001*, cons. 4 à 9.

<sup>(103)</sup>P. 13 : "Cette décision du 5 août 2015 constitue un revirement jurisprudentiel par rapport aux décisions plus anciennes du 27 décembre 2001 sur l'AMF et les services fiscaux, du 10 juin 2009 sur l'HADOPI et du 27 janvier 2012 sur les services des douanes. Toutefois, elle s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel plus large, ayant élevé les exigences en matière de protection de la vie privée et tiré les conséquences des évolutions techniques : même si les données de connexion n'incluent pas le contenu des conversations ou de la correspondance échangées, elles comportent des informations de plus en plus précises, notamment en ce qu'elles permettent la localisation en temps réel de l'utilisateur ou du terminal utilisé. En outre, les capacités de traitement des masses de données ainsi générées ont atteint un tel niveau qu'elles permettent d'en tirer des informations de plus en plus

précises sur les personnes concernées.

Cette élévation du niveau d'exigence en matière d'accès aux données de connexion s'observe aussi au niveau communautaire (arrêt de la CJUE, *Tele2 Sverige AB* du 21 décembre 2016)".

<sup>(104)</sup>En ce sens, v. , entre autres, les déc. n° 2010-604 DC du 25 février 2010 *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 23 ; n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017 *Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion*, cons. 9;

En sens contraire, v. toutefois, la déc. n° 2017-648 QPC du 4 août 2017 *Accès administratif en temps réel aux données de connexion*, cons. 11 : "En revanche, en application des dispositions contestées, cette procédure de réquisition s'applique également aux personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation, dont il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation. Ce faisant, le législateur a permis que fasse l'objet de cette technique de renseignement un nombre élevé de personnes, sans que leur lien avec la menace soit nécessairement étroit. Ainsi, **faute d'avoir prévu que le nombre d'autorisations simultanément en vigueur doit être limité** le législateur n'a pas opéré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée" [c'est nous qui soulignons].

<sup>(105)</sup>Pour une autre garantie érigée en garantie légale de l'inviolabilité du domicile, v. la déc. n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 39 : "en permettant que le juge autorise l'administration à procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de documents, pièces ou informations de quelque origine que ce soit, y compris illégales, le législateur a privé de garanties légales les exigences du droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile".

<sup>(106)</sup>Sur cette obligation, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13ème édit. 2016, n° 162.

<sup>(107)</sup>Décision n° 2013-357, cons. 8 : "Considérant, toutefois, que les dispositions contestées permettent, en toutes circonstances, la visite par les agents des douanes de tout navire qu'il se trouve en mer, dans un port ou en rade ou le long des rivières et canaux ; que ces visites sont permises y compris la nuit ; qu'indépendamment du contrôle exercé par la juridiction saisie, le cas échéant, dans le cadre des poursuites pénales ou douanières, des voies de recours appropriées ne sont pas prévues afin que soit contrôlée la mise en œuvre, dans les conditions et selon les modalités prévues par la loi, de ces mesures ; que la seule référence à l'intervention d'un juge en cas de refus du capitaine ou du commandant du navire, prévue par le 2. de l'article 63 du code des douanes en des termes qui ne permettent pas d'apprécier le sens et la portée de cette intervention, ne peut constituer une garantie suffisante ; que, dans ces conditions, les dispositions contestées privent de garanties légales les exigences qui résultent de l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution".

<sup>(108)</sup>Décision n° 2016-543, cons. 16 : "Toutefois ces dispositions n'imposent pas au juge d'instruction saisi de telles demandes de statuer dans un délai déterminé sur celles-ci. S'agissant d'une demande portant sur la possibilité pour une personne placée en détention provisoire de recevoir des visites, l'absence de tout délai déterminé imparti au juge d'instruction pour statuer n'ouvre aucune voie de recours en l'absence de réponse du juge. Cette absence de délai déterminé conduit donc à ce que la procédure applicable méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Elle prive également de garanties légales la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et du droit de mener une vie familiale normale".

# Les juges constitutionnels étrangers : l'exemple des USA

**Idriss Fassassi**

Maître de conférences de droit public  
Université Paris II Panthéon - Assas

Curieux droit que le droit au respect de la vie privée aux États-Unis, qui semble à la fois partout et nulle part. Partout car, puisant dans un héritage philosophique fécond, il rayonne dans le discours en tant que « droit d'être laissé tranquille » (*right to be let alone*), « le droit le plus apprécié des hommes civilisés » selon le juge Brandeis<sup>(1)</sup>. Il incarne ainsi la « jouissance paisible de l'indépendance privée »<sup>(2)</sup> dont on connaît l'importance dans la société et le droit américains. Partout, car l'argument tiré de l'atteinte au droit au respect de la vie privée est fréquemment mobilisé par les avocats pour défendre des clients pourtant placés dans des situations singulièrement différentes. Partout, car ce droit a fait l'objet de très nombreuses études doctrinales et continue de mobiliser les juristes, en raison de ses évolutions et de l'accroissement des menaces auxquelles il fait face, qu'il s'agisse de la lutte contre le terrorisme ou du contexte plus général du développement des nouvelles technologies<sup>(3)</sup>. Partout, car ce droit est très fréquemment mobilisé dans le discours juridico-politique, en tant que marqueur idéologique – que l'on songe aux débats particulièrement clivants sur l'avortement notamment – et a ainsi acquis une place majeure dans la culture, et même la « conscience américaine »<sup>(4)</sup>.

Et pourtant, ce droit au cœur de certaines des décisions les plus célèbres de la Cour suprême ne se trouve pas mentionné dans la Constitution. Nulle trace, en effet, d'un quelconque *right of privacy* dans le texte fondateur. Ce droit a été consacré au niveau constitutionnel par la Cour suprême en 1965 à partir des « pénombres » et des « émanations » de la Constitution, avant d'être rattaché à la liberté garantie par le Quatorzième amendement<sup>(5)</sup>. L'origine prétorienne tourmentée de ce droit, vaporeuse diront les critiques<sup>(6)</sup>, a laissé des traces et explique les vives controverses dont il fait l'objet<sup>(7)</sup>. Le juge Antonin Scalia évoquait ainsi le « *soi-disant* droit au respect de la vie privée »<sup>(8)</sup>. Si les controverses portent le plus souvent en Europe sur les frontières du droit au respect de la vie privée, aux États-Unis ce droit a donc été questionné dans ses deux extrémités – son fondement et ses limites.

Au-delà du contraste entre le poids de ce droit dans le discours et son absence d'ancrage constitutionnel explicite, la deuxième caractéristique marquante, sans doute la plus forte, tient à la profonde confusion qui règne autour de la signification du droit, en raison de sa polysémie. La vie privée est « un concept large, abstrait et ambigu » affirmait ainsi le juge Hugo Black<sup>(9)</sup>, tandis qu'un auteur a pu écrire que « personne ne semble avoir une vision claire du droit au respect de la vie privée »<sup>(10)</sup>. Ces confusions conceptuelles se retrouvent des deux côtés de l'Atlantique, ainsi qu'en attestent certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(11)</sup>, de sorte qu'il faut reconnaître l'importance fondamentale de la question préalable : « de quelle vie privée parle-t-on ? ».

Si « mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du monde » selon les propos prêtés à Albert Camus, il est clair que mal nommer le droit, ou trop l'étendre, conduit irrémédiablement à l'affaiblir, d'un point de vue conceptuel, et à amoindrir sa garantie, d'un point de vue pratique, dans la mesure où il est mobilisé sans renvoyer à la même réalité. Il suffit pour s'en convaincre de constater que l'article pionnier et fondamental rédigé en 1890 par Louis Brandeis et Samuel Warren, intitulé « *The right to privacy* », portait sur l'introduction d'un nouveau délit dans le droit de *common law* de la responsabilité<sup>(12)</sup>. Il s'agissait de protéger les individus face aux excès de la presse à scandales. En revanche, la décision *Griswold*, qui consacre en 1965 le *right of privacy* au niveau constitutionnel, portait sur le droit d'utiliser des contraceptifs<sup>(13)</sup>. Les textes fondateurs du droit au respect de la vie privée, en doctrine et en jurisprudence, ne renvoyaient donc pas à la même « vie privée ». À vrai dire, les droits en cause ne se situaient même pas au même niveau normatif.

Dans le cadre de cet article, nous envisagerons uniquement la dimension constitutionnelle de ce droit, de sorte que nous écartons la question de la protection offerte par le droit de *common law* contre l'action et le regard intrusif des individus. Il suffit de préciser sur ce point que l'article de Louis Brandeis et Samuel Warren aura une très grande influence et que leur solution sera reprise par les législateurs étatiques et les cours américaines<sup>(14)</sup>. Le droit est ainsi largement consacré à ce niveau, même s'il devra céder en pratique lorsqu'il entre en conflit avec la liberté d'expression garantie par le Premier amendement<sup>(15)</sup>.

Au niveau constitutionnel cette fois-ci, et lorsqu'il s'agit de se prémunir contre l'intervention de la puissance publique<sup>(16)</sup>, il est possible de mettre en lumière trois versants du droit au respect de la vie privée, dont deux peuvent être regroupés<sup>(17)</sup>. On distingue ainsi un volet « liberté », qui renvoie au droit de mener la vie personnelle de son choix. Est ici mis en avant l'autonomie de l'individu et la dimension active du droit au respect de la vie privée<sup>(18)</sup>, comme par exemple le choix de recourir à l'avortement ou de contrôler l'éducation de ses enfants. On distingue également un volet « secret » de la vie privée, qui renvoie à une dimension négative, la protection face

aux intrusions de la puissance publique dans le domicile, les biens ou informations d'un individu. Ce volet se dédouble dans la question des garanties en matière pénale prévues par le Quatrième amendement, comme la protection contre les « perquisitions déraisonnables », et celle, débattue mais non encore reconnue, d'un véritable droit à la protection des données personnelles. Ces trois aspects couvrent l'ensemble des discussions autour du droit au respect de la vie privée au niveau constitutionnel aux États-Unis et révèlent déjà l'immensité et la complexité du sujet. Parce qu'ils sont nettement distincts dans leur signification, sources et régimes juridiques, les regrouper sous un même « droit au respect de la vie privée » est problématique.

L'intérêt de la distinction entre le volet liberté ou autonomie et le volet secret de la vie privée, outre qu'elle met en lumière une différence conceptuelle fondamentale que des décisions ont maladroitement occulté, tient à ce qu'elle permet, lorsqu'on la met en mouvement, de comparer les dynamiques qui caractérisent la protection de ces deux versants. Apparaît alors une asymétrie entre la protection croissante sur le plan matériel du volet liberté de la vie privée (I) <sup>(19)</sup>, et la protection déclinante du versant secret de la vie privée (II). Les dangers de la confusion se révèlent, puisque le second mouvement est même masqué par le premier.

## **I. La protection croissante de la « liberté de la vie privée »**

Au niveau constitutionnel, lorsqu'on évoque le *right of privacy* en tant que tel, c'est au versant autonomie ou liberté de la vie privée qu'il est principalement – et paradoxalement <sup>(20)</sup> – fait référence aujourd'hui. Un vaste champ d'activités a été progressivement protégé par la Cour suprême par référence plus ou moins directe à ce *right of privacy* (A). Parce qu'il a été consacré en tant que véritable droit fondamental, ce droit est assorti de garanties importantes et bénéficie d'un régime protecteur (B). La Cour suprême s'appuie toutefois aujourd'hui directement sur la liberté, sans passer par le truchement du *right of privacy*, pour protéger des comportements et choix qui autrefois semblaient en relever et qui, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sont protégés via l'article 8 de la Convention. La liberté supplante ainsi le *right of privacy* en tant que vecteur d'expansion de l'autonomie de l'individu (C).

### **A) Le fondement et les champs de l'autonomie**

Avant même d'envisager les différentes activités protégées au titre du *right of privacy*, il est nécessaire de revenir sur la consécration de ce droit absent de la lettre de la Constitution. La trajectoire sinueuse et les hésitations quant au fondement de ce droit outre-Atlantique font d'ailleurs écho aux tâtonnements et « migrations normatives » <sup>(21)</sup> qu'il a connus en France dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution à la liberté protégée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen <sup>(22)</sup>.

Le terme « *privacy* » n'apparaît pas dans la Constitution de 1787 ni dans ses amendements ultérieurs. En revanche, le terme « *liberty* » apparaît lui dans le Cinquième amendement, opposable à l'État fédéral, et le Quatorzième amendement, opposable aux États : « aucun État ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière (*due process of law*) ». Initialement, cette disposition était appréhendée uniquement – et logiquement – sous un angle procédural (*procedural due process*). La puissance publique doit ainsi simplement respecter certaines garanties procédurales avant de porter atteinte à la vie, la liberté ou la propriété d'un individu. Surtout, la liberté en question était envisagée de manière restrictive, c'est-à-dire comme le droit de ne pas être soumis à la contrainte physique. Néanmoins, à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour adopte une conception substantielle de la clause de *due process* (*substantive due process*) et considère que la liberté garantie va au-delà de l'absence de contrainte. Elle consacre ainsi des nouveaux droits comme la liberté contractuelle dans la célèbre affaire *Lochner* <sup>(23)</sup>. L'arrêt donne d'ailleurs son nom à la période allant de 1890 à 1937 durant laquelle les cours ont invalidé de nombreuses lois en matière économique et sociale, à travers une jurisprudence activiste d'orientation conservatrice <sup>(24)</sup>. Au terme de l'affrontement entre le Président Roosevelt et la Cour suprême autour de la constitutionnalité des mesures du *New Deal*, celle-ci abandonne la doctrine du *substantive due process* et met en exergue la retenue judiciaire.

Il est important d'avoir ces éléments à l'esprit pour comprendre la consécration du *right of privacy* dans l'affaire *Griswold* en 1965 <sup>(25)</sup>. En l'espèce était en cause la constitutionnalité d'une loi du Connecticut réprimant l'usage de contraceptifs et sanctionnant tout individu fournissant une aide en la matière. Sous la plume du juge Douglas, la Cour déclare la loi inconstitutionnelle car contraire au *right of privacy* qu'elle consacre ainsi à partir des « pénombres » du *Bill of Rights*. Le droit à la vie privée, sans être directement mentionné par la Constitution, émanerait en quelque sorte de ses dispositions, à savoir le Premier amendement, le Troisième, le Quatrième, le Cinquième et le Neuvième <sup>(26)</sup>. Le juge Douglas emprunte le chemin escarpé des pénombres et émanations de la Constitution, alors qu'il aurait été plus simple d'affirmer que le droit découle de la liberté garantie par le Quatorzième amendement <sup>(27)</sup>, parce qu'il ne souhaite pas, précisément, faire ressurgir le spectre du *substantive due process* et du gouvernement des juges de l'ère *Lochner*. Le paradoxe est que l'artifice utilisé met davantage

en lumière le pouvoir créateur de la Cour que l'écueil qu'il souhaitait éviter. Il faut noter également que le *right of privacy* est en l'espèce appréhendé de manière singulière ; non pas comme l'illustration de la liberté d'utiliser ou non des contraceptifs, mais plutôt comme un rempart contre l'intrusion de la police dans l'intimité des chambres <sup>(28)</sup>. On est ici davantage dans une approche relevant du « secret de la vie privée » que de l'autonomie de celle-ci.

La Cour a par la suite opéré un revirement de jurisprudence, à la fois sur le fondement du *right of privacy*, mais aussi dans sa conception. Ainsi, dans la célèbre affaire *Roe v. Wade* <sup>(29)</sup>, la Cour accepte de protéger le droit de recourir à l'avortement à travers le *right of privacy* qu'elle ancre de manière explicite dans la liberté protégée par le Quatorzième amendement. La Cour mobilise ainsi de nouveau la doctrine du *substantive due process*, cette fois-ci pour des droits non économiques <sup>(30)</sup>. Par ailleurs, le *right of privacy*, fondé sur la liberté, est clairement envisagé comme la protection de l'autonomie, de certains choix éminemment personnels et non plus comme une protection contre les fouilles de la police dans les chambres conjugales. La Cour avait déjà affirmé un an plus tôt que le droit à la vie privée protège les « décisions affectant fondamentalement une personne comme la décision d'avoir un enfant » <sup>(31)</sup>. Elle confirmera cette approche en évoquant des « choix constitutionnellement protégés » dans l'affaire *Carey* <sup>(32)</sup>.

Le champ des domaines protégés sur le fondement du *right of privacy*, ou impliquant les décisions, choix et comportements les plus intimes qui lui sont étroitement associés, est large et a été progressivement étendu. La Cour suprême a pu ainsi affirmer que « [le *right of privacy*] s'étend aux actes relatifs au mariage, à la procréation, à la contraception, aux relations familiales, à l'éducation des enfants » <sup>(33)</sup>.

Le champ comprend ainsi en premier lieu la protection des choix parentaux en matière d'éducation. Deux décisions rendues dès le début du XX<sup>e</sup> siècle l'illustrent et préfigurent déjà le *substantive due process* moderne, c'est-à-dire son application à des droits non économiques. En 1923, la Cour invalide ainsi une loi interdisant l'enseignement d'une langue autre que l'anglais à l'école, au nom des droits des parents à contrôler l'éducation de leurs enfants. Elle affirme que la liberté garantie par le Quatorzième amendement « ne se limite pas à l'absence de contrainte physique et inclut [...] la liberté d'établir un foyer et d'élever des enfants [...] » <sup>(34)</sup>. Quelques années plus tard, elle invalide une loi obligeant les écoliers à suivre les enseignements de l'école publique au motif que la loi interfère avec la « liberté des parents de contrôler l'éducation de leurs enfants » <sup>(35)</sup>. Cette approche a été confirmée par la suite <sup>(36)</sup>. En second lieu, la Cour a mis en exergue « le domaine privé de la vie familiale dans lequel la puissance publique ne peut s'immiscer » <sup>(37)</sup> et a protégé dans une affaire le droit des membres d'une famille à vivre ensemble <sup>(38)</sup>. En l'espèce, elle invalide une mesure qui limitait l'occupation d'un logement à une famille, définie de manière restrictive.

En troisième lieu, la Cour protège le droit de procréer, en invalidant notamment des lois imposant la stérilisation forcée, sur le fondement de la liberté garantie par la clause de *due process* <sup>(39)</sup>. En quatrième lieu, elle reconnaît, en s'appuyant directement sur le *right of privacy*, le droit d'utiliser des contraceptifs <sup>(40)</sup> et le droit de recourir à l'avortement <sup>(41)</sup>. Ce dernier fait l'objet depuis sa consécration d'une vaste offensive du mouvement conservateur, allant de l'adoption de lois restreignant en pratique les possibilités d'exercer ce droit, à la mobilisation en faveur de la nomination de juges hostiles à l'avortement. La poussée conservatrice de la Cour suprême dans les années 2000 a d'ailleurs conduit à la validation d'une loi interdisant certaines procédures d'avortement qui avaient pourtant été jugées inconstitutionnelles sept ans auparavant. La différence majeure entre les affaires *Stenberg v. Carhart* <sup>(42)</sup> et *Gonzales v. Carhart* <sup>(43)</sup> tient au changement dans la composition de la Cour, le juge conservateur Samuel Alito ayant remplacé la juge centriste Sandra Day O'Connor en 2005. Si, dans la dernière décision majeure en date, la Cour a consolidé la protection du droit en précisant le contrôle applicable <sup>(44)</sup>, les nominations récentes de juges au profil très conservateur effectuées par Donald Trump, en particulier celle de Brett Kavanaugh si elle est confirmée par le Sénat, pourraient avoir des conséquences majeures à court terme sur la protection de ce droit.

En cinquième lieu, la Cour a consacré le droit de se marier sur le fondement de la liberté garantie par la clause de *due process* dans la célèbre et bien-nommée affaire *Loving v. Virginia*. En l'espèce, elle invalide une loi étatique interdisant les mariages « interraciaux » <sup>(45)</sup>. En 2015, dans la célèbre décision *Obergefell*, les juges ont affirmé que ce droit valait également pour les personnes souhaitant se marier avec une personne du même sexe <sup>(46)</sup>. En sixième lieu, après avoir dans un premier temps considéré que le *right of privacy* ne protégeait pas le droit d'avoir des rapports homosexuels <sup>(47)</sup>, la Cour a opéré un revirement de jurisprudence dans l'affaire *Lawrence* en 2003, dans laquelle elle invalide une loi réprimant les rapports homosexuels en se fondant directement sur la liberté cette fois <sup>(48)</sup>.

Enfin, concernant la difficile question de la fin de vie, la Cour suprême a apporté des précisions en écartant l'application du *right of privacy*. Certaines juridictions étatiques, dont la Cour suprême du New Jersey, avaient en effet reconnu le droit de refuser un traitement médical sur le fondement du *right of privacy* <sup>(49)</sup>. En 1990, dans l'affaire *Cruzan*, la Cour suprême reconnaît certes le droit de refuser un traitement médical mais sur le fondement direct de la liberté garantie par la clause de *due process*, et non à partir du *right of privacy* <sup>(50)</sup>. Par la suite, elle

rejettera l'argument selon lequel il existerait un droit au suicide médicalement assisté, en renvoyant la question à la sphère politique <sup>(51)</sup>. Les États sont ainsi libres de le reconnaître s'ils le souhaitent mais rien dans la Constitution ne les y oblige.

Outre le caractère vaste des domaines, activités et choix couverts par le *right of privacy* ou qui ont pu un temps lui être associés <sup>(52)</sup>, ces domaines bénéficient des solides garanties qui lui sont attachées.

### **B) Le régime juridique protecteur de l'autonomie**

Trois aspects doivent être abordés portant sur l'intensité du contrôle effectué par le juge sur les mesures qui affectent le droit en cause, sur les facteurs expliquant l'éventuelle marge d'appréciation plus étendue reconnue dans certains cas et, enfin, sur la question des obligations positives à la charge de la puissance publique.

La garantie la plus forte relative au *right of privacy*, et les droits consacrés qui lui sont proches, tient à la reconnaissance de leur caractère fondamental. Aux États-Unis, les conséquences qui en découlent sont telles qu'un auteur pouvait affirmer que l'issue des litiges tourne autour de la nature fondamentale ou non de la liberté en question <sup>(53)</sup>. En effet, les mesures limitant un droit reconnu comme fondamental sont soumises au contrôle le plus poussé en droit constitutionnel américain, le *strict scrutiny*. On a d'ailleurs pu dire de ce contrôle qu'il était strict en théorie mais « fatal en fait » <sup>(54)</sup>. Pour que la mesure soit validée, la puissance publique doit apporter la preuve qu'elle poursuit un intérêt impérieux, et qu'elle est nécessaire. Cela signifie qu'il ne doit pas exister d'alternative moins attentatoire au droit en cause. On le voit, ce contrôle n'est pas un véritable contrôle de proportionnalité au sens où il est entendu en Europe, car il manque l'étape du contrôle de proportionnalité au sens strict <sup>(55)</sup>. En tout état de cause, il n'est pas présenté comme tel <sup>(56)</sup>.

Le *right of privacy* ainsi que les domaines qui lui sont associés sont donc protégés à travers ce contrôle renforcé. Le droit de recourir à l'avortement constitue toutefois une exception. En effet, dans l'arrêt *Casey* rendu en 1992, la Cour a modifié le contrôle applicable, passant du *strict scrutiny* imposé dans la décision *Roe* au test de l'entrave indue (*undue burden*) <sup>(57)</sup>. Une mesure sera ainsi jugée inconstitutionnelle si elle place « un obstacle substantiel sur le chemin d'une femme voulant avorter » <sup>(58)</sup>. La nature du contrôle demeurerait néanmoins vague et contestée. La Cour a récemment apporté des clarifications importantes dans l'affaire *Hellerstedt* qui portait sur des mesures adoptées par le Texas prétendument pour protéger la santé des femmes recourant à l'avortement et qui, en pratique, conduisaient à la fermeture de la moitié des cliniques pratiquant l'avortement <sup>(59)</sup>. La Cour effectue une mise en balance poussée entre les avantages apportés en termes de protection de la santé, et les coûts imposés dans l'accès au droit d'avorter, au terme de laquelle elle invalide les lois en cause. Le test de l'entrave indue, ainsi précisé, se rapproche donc d'un contrôle de proportionnalité qui ne dirait pas son nom.

Concernant la marge d'appréciation reconnue à la puissance publique, on notera que dans certains cas, la Cour estime qu'il n'y a pas eu atteinte au droit fondamental en cause, ce qui permet d'éviter l'application du contrôle renforcé et donc de valider la mesure. Ainsi, la Cour a pu considérer que le fait que certaines aides sociales s'arrêtent lorsque l'individu se marie, bien qu'ayant des conséquences sur la décision de se marier, ne constitue pas une atteinte à ce droit <sup>(60)</sup>. Cette solution est sans doute liée à la nature des mesures en cause – l'allocation de fonds publics –, la Cour estimant probablement que le législateur est mieux placé pour opérer ces arbitrages <sup>(61)</sup>.

Enfin, concernant les obligations positives qui permettraient d'assurer une plus grande effectivité des droits en cause et un certain effet horizontal, elles sont globalement rejetées outre-Atlantique. La Constitution est en effet envisagée comme une limitation des pouvoirs de l'État et ne fonde pas d'obligations positives à sa charge pour assurer que les droits ne soient pas méconnus par des tiers ou d'une autre manière <sup>(62)</sup>. La question d'une obligation d'agir s'est posée au sujet notamment de la prise en charge des coûts liés à l'avortement. Dans une série de décisions au cours des années 1980, la Cour suprême a affirmé que la puissance publique n'est pas tenue d'apporter une aide financière pour permettre à une femme d'exercer son droit de recourir à l'avortement <sup>(63)</sup>. En d'autres termes, la Cour estime que le fait qu'un droit a été consacré n'implique pas pour l'État une obligation de contribuer à son exercice.

### **C) La substitution de la liberté au *right of privacy***

Le *right of privacy* ? La question pourrait surprendre mais elle se pose aujourd'hui. Les développements qui précèdent ont déjà permis de voir que certains domaines et activités qui étaient selon la Cour étroitement associés au *right of privacy* ont été protégés distinctement, en se fondant, non pas sur ce droit, mais directement sur la liberté garantie par la clause de *due process*. La jurisprudence la plus récente pousse encore plus loin le mouvement et traduit un véritable abandon du *right of privacy*, à telle enseigne que l'on serait tenté de dire que le droit n'existe plus. Non pas que, matériellement, les activités et domaines qui lui sont attachés ne soient pas protégés, mais ils le sont désormais sans référence au *right of privacy*.

Le contentieux relatif à la constitutionnalité des lois interdisant les rapports homosexuels illustre la dynamique à

l'œuvre. Lorsque la Cour valide ces dispositifs en 1986, elle le fait, entre autres, au motif que le *right of privacy* ne peut être étendu au point de couvrir les rapports homosexuels, prenant ainsi le contre-pied de la solution retenue par la Cour d'appel <sup>(64)</sup>. Le *right of privacy*, consacré par *Griswold* en 1965, étendu par *Roe* en 1973, fait donc partie intégrante de l'analyse mobilisée par les juges. En revanche, lorsque la Cour opère son revirement de jurisprudence en 2003, le *right of privacy* n'est plus mobilisée dans l'argumentation <sup>(65)</sup>. La Cour invalide la loi en cause car elle est contraire à la liberté garantie par la clause de *due process*. De même, dans la décision *Obergefell* reconnaissant le droit au mariage pour les couples homosexuels, la Cour s'appuie non pas sur le *right of privacy* mais sur la liberté et l'égalité <sup>(66)</sup>. On mesure ainsi que, depuis *Roe v. Wade* <sup>(67)</sup>, les extensions marquantes du champ de l'autonomie n'ont pas été faites sur le fondement du *right of privacy* mais sur celui de la liberté garantie par la clause de *due process*.

Plus remarquable encore, le droit de recourir à l'avortement, qui avait été consacré sur le fondement du *right of privacy*, semble aujourd'hui directement rattaché à la liberté garantie par la clause de *due process*, sans passer par le truchement du *right of privacy*. En 2007, la juge Ginsburg avait déjà affirmé dans une opinion dissidente que les recours contre les mesures restreignant les possibilités d'avorter « ne cherchent pas à revendiquer une notion générale de *privacy* ; ils portent plutôt sur l'autonomie des femmes à déterminer leur vie et à bénéficier d'une citoyenneté égale » <sup>(68)</sup>. En 2016, dans la dernière décision majeure rendue par la Cour sur l'avortement, le terme *privacy* n'apparaît même plus <sup>(69)</sup>.

Le mouvement à l'œuvre est donc double. L'extension de l'autonomie passe par le vecteur de la liberté et non plus par le *right of privacy*. Et même concernant le droit de recourir à l'avortement, qui illustre au plus haut point le *right of privacy*, les juges s'appuient désormais directement sur la liberté. À l'aune de cette évolution, on peut s'interroger sur ce qu'il reste du *right of privacy*, qui semble être une coquille (presque) vide aujourd'hui.

Cette discrète disparition du droit dans la jurisprudence contraste avec sa naissance controversée, ainsi que sa forte prégnance, aujourd'hui encore, dans le discours politico-juridique, comme lors des auditions en vue de la confirmation des nominations à la Cour suprême <sup>(70)</sup>. Apparaît ici la dimension symbolique majeure du *right of privacy*, en tant que marqueur idéologique. Il cristallise des positions et des oppositions particulièrement vives, quand bien même celles-ci seraient inversement proportionnelles au poids réel du droit dans la jurisprudence aujourd'hui.

Deux remarques peuvent être faites concernant ce déplacement, du *right of privacy* à la liberté. On peut envisager qu'une des raisons tiennent à la volonté des juges de coller davantage au texte et d'abandonner une construction prétorienne contestée. De la même manière que la doctrine Vedel prônait en France le resserrement autour des sources écrites du bloc de constitutionnalité au détriment des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, on peut comprendre en effet l'intérêt de se fonder sur la liberté, garantie par la clause de *due process* dans la Constitution <sup>(71)</sup>, plutôt que sur un droit qui ne l'est pas.

La deuxième raison tient sans doute à ce que la liberté est, sur le plan conceptuel, un meilleur vecteur, ou du moins plus porteur, pour étendre ou protéger le champ de l'autonomie que le droit au respect de la vie privée. La liberté, par la dimension active qu'elle suppose, est en effet un meilleur véhicule pour appréhender les choix fondamentaux de l'individu, que le droit au respect de la vie privée. Cela renvoie aux ambiguïtés du droit au respect de la vie privée <sup>(72)</sup> et à l'inadéquation de son usage pour pleinement appréhender le versant autonomie.

La notion de *privacy* est en effet sans doute plus adaptée pour saisir le volet « secret de la vie privée », qui est son sens originel et dont les garanties sont aujourd'hui lacunaires.

## II. La protection lacunaire du « secret de la vie privée »

Lorsque le juge Brandeis affirme que « le droit d'être laissé tranquille est le droit le plus complet et le plus apprécié des hommes civilisés » <sup>(73)</sup>, il fait référence non pas à l'aspect autonomie, mais au volet secret de la vie privée, qui protège l'individu contre les intrusions injustifiées de l'État. Il s'agit historiquement de l'aspect qui a été consacré et protégé en premier. Au niveau constitutionnel, cette protection opère principalement à travers le Quatrième amendement qui apporte des garanties en matière pénale contre les perquisitions et fouilles « déraisonnables ». Néanmoins, malgré certaines décisions retentissantes qui marquent l'adaptation du Quatrième amendement aux progrès technologiques, la jurisprudence de la Cour au cours des dernières décennies traduit, globalement, une érosion de ces garanties. Le constat des lacunes de la protection du secret de la vie privée s'accroît lorsque l'on s'éloigne de la matière pénale. La Cour a en effet refusé de consacrer un droit de l'individu de contrôler ses informations personnelles et d'empêcher notamment leur divulgation. Au moment où les données personnelles deviennent un enjeu de pouvoir, et où les bases de données contiennent des informations de plus en plus poussées, cette carence s'avère problématique (B).

## A) L'érosion des garanties du Quatrième amendement

Le Quatrième amendement dispose que « le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies déraisonnables ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration solennelle, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir ». Cette disposition doit se comprendre comme une réaction contre la pratique des « mandats généraux » durant la période préévolutionnaire, qui conféraient un pouvoir discrétionnaire aux officiers de la Couronne pour fouiller les domiciles et arrêter les personnes. Les colons s'insurgèrent en effet contre ces pratiques, déclarées illégales par des cours anglaises mais pourtant pratiquées de l'autre côté de l'Atlantique. L'opposition à ces mandats généraux cimentait l'esprit de résistance à telle enseigne que le discours de James Otis en 1761 dénonçant l'inconstitutionnalité de ces pratiques fut présenté comme « le premier acte d'opposition au pouvoir arbitraire de la Couronne »<sup>(74)</sup>. L'interdiction des mandats généraux fut logiquement reprise dans les déclarations de droits étatiques et ensuite dans la Constitution fédérale.

Initialement lié au droit de propriété, le Quatrième amendement a été progressivement rattaché à l'exigence de protection de la vie privée. La Cour a pu ainsi affirmer que le Quatrième amendement garantissait un droit au respect de la vie privée (*right to privacy*)<sup>(75)</sup>, même si elle a estimé par la suite que l'amendement ne pouvait être appréhendé comme « consacrant un droit constitutionnel général portant sur la vie privée »<sup>(76)</sup>.

Si dans la première affaire majeure qu'a connue la Cour, celle-ci avait souligné la nécessité d'une « interprétation libérale » du texte<sup>(77)</sup>, la jurisprudence ultérieure s'en éloigna. En effet, dans l'affaire *Olmstead*, la Cour devait se prononcer sur le point de savoir si des écoutes téléphoniques réalisées sans intrusion au domicile d'une personne méconnaissaient le Quatrième amendement<sup>(78)</sup>. À l'aune d'une approche restrictive, les juges estiment que le Quatrième amendement n'est pas applicable en l'espèce puisque, précisément, il n'y a pas eu d'*intrusion* dans le domicile. La Cour lie l'applicabilité du Quatrième amendement à la notion de *trespass*, et donc à la propriété. Le juge Brandeis contesta cette solution dans son opinion dissidente, estimant que « toute intrusion injustifiable de l'État dans la vie privée de l'individu, quels que soient les moyens, doit être considéré comme une violation du Quatrième amendement »<sup>(79)</sup>.

Il fut entendu quelques années plus tard lorsque la Cour opéra un revirement de jurisprudence majeur dans l'affaire *Katz*<sup>(80)</sup>. Il s'agissait en l'espèce de savoir si des autorités peuvent placer sous écoute une cabine téléphonique sans autorisation judiciaire. Dans la mesure où l'on se trouve ici en dehors du domicile, le précédent *Olmstead* pointait vers l'inapplication du Quatrième amendement. La Cour rejette toutefois une telle approche et rattache le Quatrième amendement à la protection de la vie privée et non plus à la propriété. Elle affirme dans une formule célèbre que le Quatrième amendement « protège les individus et non les lieux »<sup>(81)</sup>. La Cour consacre en quelque sorte la portabilité des garanties du Quatrième amendement, qui voyagent avec l'individu et ne se limitent pas à son domicile.

Le lien avec les lieux est toutefois maintenu à travers le test formulé par le juge Harlan dans son opinion concordante, qui est rapidement devenu le standard de référence utilisé par la Cour. Le juge affirme en effet que la protection dépend des lieux à l'égard desquels l'individu peut démontrer pouvoir s'attendre à ce que sa vie privée soit respectée, et que cette attente soit considérée comme raisonnable par la société (*reasonable expectations of privacy*)<sup>(82)</sup>. Dans ces lieux, une fouille sans autorisation judiciaire sera donc inconstitutionnelle en vertu du Quatrième amendement. Dans un dégradé de protection, la Cour accorde une protection renforcée au domicile, lieu par excellence où l'individu peut s'attendre à voir sa vie privée respectée, qui décroît ensuite à mesure que l'on s'en éloigne.

Ce standard, et la manière dont il a été mis en œuvre, permet d'illustrer l'affaiblissement des garanties du Quatrième amendement. On peut s'interroger tout d'abord sur la cohérence du test en lui-même pour déterminer les cas dans lesquels l'individu peut avoir des attentes raisonnables à ce que sa vie privée soit respectée. Le raisonnement risque en effet d'être circulaire. Pour le dire rapidement, la détermination par les individus de ce que peuvent être leurs attentes raisonnables dépendra de l'état du droit, et donc des solutions données par les cours. Or le test prévoit précisément que les cours doivent se baser sur ces mêmes attentes. On voit alors que l'on est pris dans une boucle. Il s'agit là d'une des difficultés majeures soulevées par ce test qui a conduit à une jurisprudence très instable et peu prévisible<sup>(83)</sup>.

En outre, la Cour a adopté différentes doctrines qui réduisent le champ des garanties. Les juges ont par exemple estimé que les agents peuvent, sans autorisation judiciaire, surveiller l'intérieur d'une propriété depuis un hélicoptère volant à basse altitude, au nom de la doctrine dite de la « visibilité publique »<sup>(84)</sup>. L'idée est que l'individu perd toute possibilité d'invoquer le respect de sa vie privée lorsque les éléments en cause se donnent à voir. Les faits de l'affaire illustrent toutefois les dangers de l'extension d'une telle approche puisque, précisément, les policiers n'avaient rien vu lors de leur passage à pied. Au vu des progrès technologiques, on peut s'interroger sur ce qu'il faut entendre par « ce qui se donne à voir ».

La Cour a également considéré que les individus ne pouvaient espérer avoir de garanties de respect de leur vie privée à l'égard d'informations qu'ils transmettent à des tiers (*third party doctrine*). Cela signifie que les autorités peuvent se saisir de toute information qu'un individu a communiquée à autrui. Il s'agit là d'une approche très radicale, peu adaptée à la nuance des relations sociales. La Cour a ainsi jugé que les autorités peuvent, sans autorisation judiciaire, requérir les banques de leur communiquer des relevés bancaires d'un individu <sup>(85)</sup>. Dans la mesure où la personne accepte que son banquier ait accès à ses informations, il renonce en quelque sorte à ce qu'ils relèvent de sa vie privée et permet aux autorités de s'en saisir. Ce raisonnement peut mener, on le voit, à une véritable neutralisation des garanties du Quatrième amendement, en particulier à l'ère numérique <sup>(86)</sup>.

On peut encore mesurer l'érosion des garanties du Quatrième amendement à l'aune des exceptions de plus en plus importantes reconnues au principe d'exclusion des preuves obtenues en violation du texte constitutionnel, comme par exemple une perquisition sans autorisation judiciaire (*exclusionary rule*). Cette règle a été reconnue dès le début du XX<sup>e</sup> siècle comme découlant du Quatrième amendement <sup>(87)</sup>. Elle permet selon la Cour de dissuader les agents des forces de l'ordre de méconnaître l'amendement, sous peine d'irrecevabilité des éléments de preuve ainsi obtenus <sup>(88)</sup>. La règle des « fruits de l'arbre empoisonné » est ainsi perçue comme une garantie du respect du Quatrième amendement et donc du droit au respect de la vie privée. Cette règle connaît pourtant un nombre important d'exceptions (au moins six), que la Cour semble faire prévaloir de manière croissante. L'application de la règle des « fruits de l'arbre empoisonné » est en effet soumise aujourd'hui à une mise en balance entre, d'une part, les bénéfices tirés de la prévention des violations du Quatrième amendement et, d'autre part, les coûts sociétaux résultant de l'exclusion des preuves ainsi obtenues. Et la balance penche aujourd'hui largement à l'encontre de l'application de la règle <sup>(89)</sup>. Une affaire récente permet d'illustrer le raisonnement à l'œuvre <sup>(90)</sup>. Les faits sont simples : un policier soupçonnant un individu de trafic de drogue procéda à un contrôle qui était illégal. Il lança une recherche qui révéla que l'individu faisait l'objet d'un mandat d'arrêt pour une infraction routière. Il fouilla alors l'individu et trouva de la drogue. La question soumise aux juges portait sur le point de savoir si la drogue trouvée pouvait être utilisée en tant que preuve, alors même que le contrôle initial était illégal parce que non justifié par des soupçons raisonnables. La Cour répond par l'affirmative. Elle applique une des exceptions, la règle dite de « l'atténuation », en vertu de laquelle des preuves sont recevables dès lors que le lien entre la conduite inconstitutionnelle de la police et la preuve obtenue est distant ou a été rompu, de sorte que l'intérêt protégé par la garantie constitutionnelle ne serait pas servi par le rejet des preuves. La Cour considère que la preuve est recevable en l'espèce parce que la découverte de l'existence du mandat d'arrêt a atténué le lien entre l'arrestation illégale et la découverte de la drogue. La difficulté soulevée par ce raisonnement est qu'il risque d'encourager les contrôles et arrestations abusives, en violation du Quatrième amendement, puisque la procédure pourra être « sauvée » si l'agent trouve ensuite un élément rompant la chaîne.

Le contexte général et la prégnance des enjeux sécuritaires classiques expliquent sans doute dans une large mesure les limitations des garanties offertes par le Quatrième amendement. Il faut bien évidemment y ajouter les conséquences des divers dispositifs de lutte contre le terrorisme adoptés à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Le *PATRIOT Act* en 2001 <sup>(91)</sup>, le *USA FREEDOM Act* qui lui succède en 2015 <sup>(92)</sup> et surtout le *Foreign Intelligence Surveillance Act* <sup>(93)</sup> tel que modifié en 2008, et en 2018, autorisent des atteintes au droit au respect de la vie privée au nom de la protection de la sécurité. Le *Patriot Act* a ainsi conduit à un usage renforcé des fouilles et perquisitions menées à l'insu des personnes ciblées. L'information ne leur est communiquée qu'*a posteriori*. C'est surtout en matière de surveillance électronique que les pouvoirs des autorités ont été renforcés puisque les textes les autorisent à recueillir auprès des opérateurs les métadonnées relatives aux communications de certains individus, et à intercepter directement celles-ci. Elles doivent simplement obtenir l'approbation d'une juridiction spécifique – la *Foreign Intelligence Surveillance Court* – en faisant état d'une « suspicion raisonnable » selon laquelle l'individu est lié au terrorisme. Les cours ont été prudentes sur la constitutionnalité de ces dispositifs – seules quelques décisions d'invalidation ont été prononcées (certaines sur le fondement du Quatrième amendement) <sup>(94)</sup> – et la Cour suprême est restée pour l'essentiel en dehors de ces contentieux. Il faut encore ajouter que les atteintes les plus fortes au droit au respect de la vie privée sont sans doute celles qui ne sont pas connues. On se souvient en effet que c'est le *New York Times* qui avait révélé en 2005 l'existence du programme de surveillance de la *National Security Agency* (NSA) qui, secrètement et en dehors de toute autorisation judiciaire, avait été autorisée à intercepter les communications et emails <sup>(95)</sup>. Les récentes révélations d'Edward Snowden sur l'étendue du programme confirment le décalage entre ce qui est révélé et la réalité de la portée des programmes de surveillance. On se trouve là dans l'opacité la plus totale, puisque les atteintes au droit au respect de la vie privée opèrent en dehors de tout cadre juridique.

Si le mouvement général observable au cours des dernières décennies conduit à l'affaiblissement des garanties du Quatrième amendement, il faut toutefois relever les décisions récentes qui se veulent protectrices du droit au respect de la vie privée, en marquant une adaptation de ses garanties aux technologies modernes. Ainsi, dans l'affaire *U.S. v. Jones*, la Cour suprême a considéré que le fait de placer un GPS sous une voiture constitue une fouille en vertu du Quatrième amendement, et doit donc être autorisée par un mandat <sup>(96)</sup>. La Cour a également considéré que les agents de police doivent obtenir une autorisation judiciaire avant de pouvoir effectuer des recherches dans le téléphone d'une personne arrêtée <sup>(97)</sup>. En cas d'arrestation, les policiers peuvent en principe

effectuer des recherches accessoires, non soumises à l'exigence d'un mandat, dans un portefeuille par exemple. La Cour estime en l'espèce que ce principe n'est pas applicable aux fouilles dans un téléphone. La nature et la quantité des informations qui y sont contenues justifient une protection particulière. Enfin, dans un arrêt de principe rendu en 2018, la Cour a refusé l'application de la *third party doctrine* aux informations détenues par un opérateur téléphonique sur la localisation d'un client <sup>(98)</sup>. En l'espèce, les autorités estimaient qu'un client ne pouvait invoquer le respect de sa vie privée dans la mesure où il acceptait que l'opérateur téléphonique ait connaissance de ces informations. Elles avaient donc, sans autorisation judiciaire, recueilli des métadonnées pour établir la présence d'un individu sur des scènes de crime. La Cour conclut à l'inconstitutionnalité d'une telle approche et estime que les autorités doivent dans ces cas obtenir une autorisation judiciaire pour obtenir les informations en cause.

Si le secret de la vie privée est couvert par le Quatrième amendement en ce qui concerne la matière pénale, en dehors de celle-ci il n'existe pas pour l'heure de garantie constitutionnelle.

### **B) Le refus de consacrer un véritable droit à la protection des données personnelles**

Dans une décision importante rendue en 1983, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a consacré un droit à « l'auto-détermination informationnelle ». En se fondant sur la dignité et le libre épanouissement de la personnalité, elle a en effet considéré que la Constitution garantissait la capacité de l'individu à « décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel » <sup>(99)</sup>. Cet aspect du droit au respect de la vie privée tenant au contrôle et à la confidentialité des informations personnelles est particulièrement important à l'ère numérique. La Cour européenne des droits de l'homme le protège à travers l'article 8 de la Convention, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit explicitement un droit à la protection des données personnelles <sup>(100)</sup>. Aux États-Unis, cet aspect du droit au respect de la vie privée est celui qui dispose de la plus faible protection constitutionnelle. En effet, alors que le versant autonomie de la vie privée ou liberté de la vie privée est substantiellement protégé au niveau constitutionnel, alors que le Quatrième amendement fournit une certaine assise constitutionnelle à la protection de la vie privée dans le cadre des procédures pénales, la Cour suprême a refusé de consacrer explicitement un droit à la protection des données personnelles.

L'occasion s'est présentée en 1977 dans une affaire qui portait sur une loi de l'État de New York obligeant les docteurs à inscrire les patients suivant certains traitements médicamenteux, susceptibles d'abus, dans un registre centralisé <sup>(101)</sup>. Les juges rejettent l'argument des requérants selon lequel la loi violerait le droit au respect de la vie privée, plus précisément le droit de ne pas divulguer certaines informations. Ils estiment que la divulgation de certaines informations relatives aux prescriptions et traitements reçus est justifiée et ne constitue pas une atteinte inconstitutionnelle. La Cour ouvre toutefois la porte à la reconnaissance d'un tel droit, en suggérant qu'il puisse se trouver dans la liberté garantie par la clause de *due process* du Quatorzième amendement, et en insistant sur les menaces tenant à la mise en place de grandes bases de données contenant des informations personnelles.

Il a fallu attendre plus de trente ans pour que la Cour se prononce à nouveau sur la question. Dans l'affaire *ASA v. Nelson* <sup>(102)</sup>, les juges devaient se prononcer sur la constitutionnalité d'une mesure prévoyant la collecte des informations personnelles des employés des entreprises sous contrat avec l'État. De nouveau, la Cour évoque un « intérêt d'ordre constitutionnel lié à la protection de la vie privée » <sup>(103)</sup> mais affirme que, quelle que soit la portée de cet intérêt, il n'est pas violé en l'espèce. Il ressort ainsi que la Cour, tout en validant les dispositifs en cause, entretient la thèse qu'il pourrait exister un droit à la protection des informations personnelles, mais ne le garantit pas explicitement <sup>(104)</sup>. Le juge Antonin Scalia prend d'ailleurs le soin de préciser dans son opinion concordante qu'« il n'existe pas de droit constitutionnel à la protection des informations personnelles » <sup>(105)</sup>.

Si le droit n'est pas protégé au niveau constitutionnel, il l'est partiellement par le législateur fédéral à travers le *Privacy Act* par exemple <sup>(106)</sup>. Adopté en 1974, ce texte régit la conservation, l'usage et la divulgation des informations personnelles contenues dans tous les registres des agences fédérales. Il interdit la divulgation des informations contenues dans un registre sans le consentement de l'individu, à moins que celle-ci ne soit justifiée par l'une des douze exceptions prévues. Le nombre élevé d'exceptions illustre la protection toute relative du droit à la protection des données aux États-Unis.

Les lacunes de la protection des données personnelles outre-Atlantique ont d'ailleurs été soulignées par les institutions européennes, qui ont estimé que les États-Unis n'offraient pas de garanties satisfaisantes de protection des données. Dans l'affaire *Schrems* en 2015, la Cour de justice a ainsi invalidé l'accord qui encadrait le transfert et l'usage des données des internautes européens vers les États-Unis (*Safe Harbor*) <sup>(107)</sup>. En dépit des tentatives visant à assurer un niveau de protection adéquat, telles que le « bouclier de protection des données » (*Privacy Shield*) en 2016, les différences de protection demeurent marquées de part et d'autre de l'Atlantique, comme l'ont illustré les réactions et discussions lors de l'entrée en vigueur dans les pays de l'Union européenne du Règlement général sur la protection des données en mai 2018 <sup>(108)</sup>.

Ce déséquilibre, allié à la délicate question de l'application extraterritoriale du droit américain, est d'ailleurs source de contentieux qui se multiplieront probablement dans les années à venir. La Cour suprême a ainsi été

saisie l'an dernier d'une question portant sur le point de savoir si des opérateurs américains, dont certains serveurs sont basés en Europe, sont tenus de répondre favorablement à des demandes provenant des autorités américaines. Dans cette affaire, Microsoft invoquait notamment son obligation de respecter le droit européen au soutien de son refus de coopérer avec la demande des autorités portant sur des courriels conservés dans ses serveurs en Irlande <sup>(109)</sup>.

\*

\* \*

Les multiples versants du droit au respect de la vie privée aux États-Unis, dans sa dimension constitutionnelle, conduisent à s'interroger sur l'opportunité de mobiliser indistinctement un même droit ou plutôt un même terme – *privacy* – pour couvrir des activités, domaines et intérêts si différents, dont les sources et le régime juridique le sont tout autant. De l'éducation des enfants à l'avortement, en passant par les garanties en matière pénale ou la question de la protection des données, la clarté et la cohérence ne trouvent probablement pas leur compte dans cette approche qui place la *privacy* partout, au risque de ne véritablement la protéger nulle part <sup>(110)</sup>. Peut-être néanmoins qu'il ne peut en être autrement si, comme l'indiquait le juge Brandeis, ce droit est bien le droit « le plus complet » de tous. La Cour suprême indienne s'inscrit d'ailleurs dans cette perspective dans sa décision fondamentale du 24 août 2017, dans laquelle elle consacre un droit constitutionnel au respect de la vie privée qui, selon ses propres termes, « redéfinit le concept de liberté » <sup>(111)</sup>. La « *privacy* est fondée sur l'autonomie de l'individu, [...] elle constitue le fondement de toute les libertés [...] elle est un aspect essentiel de la dignité » écrivent les juges qui affirment en conclusion qu'elle « découle du droit à la vie et à la liberté personnelle ». Le nouveau droit, consacré à partir d'une affaire portant sur un programme d'identification biométrique, est d'ailleurs au cœur des recours invoquant l'inconstitutionnalité des dispositions interdisant les rapports homosexuels.

Au-delà de la clarté conceptuelle, les imprécisions dans l'usage du concept de *privacy*, entre autonomie et secret de la vie privée, ont certainement un coût en termes de garanties. Il a été suggéré que la résistance à la consécration d'un droit à la protection des informations personnelles aux États-Unis serait due aux controverses entourant les décisions relatives à l'autonomie de la vie privée. Les différents versants du respect de la vie privée seraient ainsi lestés des débats qui affectent les autres. Les juges rechigneraient à étendre un aspect, de peur d'alimenter ou d'apparaître comme alimentant un autre, par un jeu de vases communicants. Surtout, une approche indifférenciée et générale de la *privacy* ne permet pas de saisir les dynamiques particulières qui animent ses différentes composantes. L'expérience américaine révèle à cet égard le contraste entre la protection étendue du volet autonomie et les lacunes de la protection du secret de la vie privée.

---

<sup>(1)</sup> *Olmstead v. United States*, 277 US 438, 478 (1928).

<sup>(2)</sup> B. Constant, « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », in B. Constant, M. Gauchet (ed.) *Écrits politiques*, Gallimard, Paris, 1997, p. 602.

<sup>(3)</sup> Voir D. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, 272 p. À titre d'exemple, plus de 7543 articles portant sur le *right of privacy* ont été publiés dans des revues américaines, dont plus de cent

pour les seuls six premiers mois de l'année 2018 (recherche menée par nos soins sur la base de données *Heinonline*).

<sup>(4)</sup>T. Gerety, « Redefining Privacy », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 12, 1977, p. 234.

<sup>(5)</sup>*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>(6)</sup>Pour une critique virulente de la consécration de ce droit par une figure du mouvement conservateur, voir R. Bork, *The Tempting of America*, Touchstone Edition, New York, 1991, pp. 95 et s. L'opposition du juge Bork au *right of privacy* fut d'ailleurs vivement débattue lors des auditions en vue de sa confirmation en tant que juge à la Cour suprême en 1987, finalement refusée par le Sénat.

<sup>(7)</sup>Cela explique également le fait que ce droit illustre de manière particulièrement vive les controverses sur le rôle et la légitimité du juge constitutionnel. Voir *infra*.

<sup>(8)</sup>*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 594 (2003), italiques ajoutées.

<sup>(9)</sup>*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 509 (1965).

<sup>(10)</sup>J. Thompson, « The Right to Privacy », in F. Schoeman, *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 272; voir D. Solove, « A Taxonomy of Privacy », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, 2006, pp. 477 et s.

<sup>(11)</sup>Voir F. Sudre, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. Sudre (dir.) *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* Bruylant, 2005, pp. 11-34 ; *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, pp. 701 et s.

<sup>(12)</sup>S. Warren, L. Brandeis, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, Vol. 4, 1890, pp. 193-220. Il s'agit du deuxième article le plus cité dans la littérature juridique américaine, voir F. Shapiro, M. Pearse, « The Most-Cited Law Review Articles of All Time », *Michigan Law Review*, Vol. 110, 2012, p. 1489. Louis Brandeis peut être considéré comme le père ou l'un des pères du droit au respect de la vie privée (l'autre étant le juge Douglas qui a rédigé l'opinion de la Cour dans l'affaire *Griswold*) en raison du rôle décisif qu'il a joué en tant qu'auteur, et plus tard en tant que juge à la Cour suprême. Il a ainsi contribué de façon décisive à au moins deux des trois versants du droit au respect de la vie privée. Voir *infra*.

<sup>(13)</sup>*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>(14)</sup>Voir W. Prosser, « Privacy », *California Law Review*, Vol. 48, 1960, pp. 383 et s. On notera au passage que dans leur plaidoirie en faveur de la consécration d'un droit au respect de la vie privée à travers la responsabilité délictuelle, les auteurs mobilisent le droit comparé et la référence à l'expérience française, en l'occurrence la loi du 11 mai 1868 relative à la presse. Voir S. Warren, L. Brandeis, « The Right to Privacy », *art. cit.*, p. 214.

<sup>(15)</sup>Voir *Restatement (Second) of Torts* § 652A (1977) ; E. Zoller, « Le droit au respect de la vie privée aux États-Unis » in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 37 et s.

<sup>(16)</sup>Puisque, rappelons-le, la Constitution aux États-Unis n'est opposable qu'à la puissance publique et non aux individus, sauf rares exceptions.

<sup>(17)</sup>Dans l'affaire *Whalen v. Roe*, 429 US 589, 599-600 (1977), la Cour suprême a reconnu que les cas lui ayant été soumis autour de la notion de *privacy* portaient en réalité sur au moins deux types d'intérêts différents ; l'un tenant à éviter la révélation de certains éléments personnels, l'autre tenant à assurer une autonomie dans certains choix importants.

<sup>(18)</sup>Voir L. Henkin, « Privacy and Autonomy », *Columbia Law Review*, Vol. 74, 1974, pp. 1410-1433.

<sup>(19)</sup>Même si cette extension des activités et comportements relatifs à la vie privée protégés ne se fait plus formellement sur le fondement du *right of privacy*. Voir *infra*.

<sup>(20)</sup>Voir *infra*.

<sup>(21)</sup>D. Ribes, « Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n°48, 2015, p. 35.

<sup>(22)</sup>Voir V. Mazeaud, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée » *NCCC*, n°48, 2015, pp. 7-20.

(23) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

(24) Voir E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, Paris, 2005, 276 p., réédition de l'ouvrage paru en 1921 aux éditions Giard.

(25) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(26) *Id.*, p. 484. La Cour s'appuie ainsi sur le Premier amendement, qui garantit la liberté d'association, le Troisième, qui interdit en temps de paix que des soldats puissent être cantonnés dans une habitation sans le consentement du propriétaire, le Quatrième, qui interdit les fouilles déraisonnables (voir *infra*), le Cinquième, qui garantit notamment le droit de ne pas témoigner contre soi-même, et le Neuvième amendement, qui dispose que « l'énumération dans la Constitution de certains droits ne sera pas interprétée de façon à dénier ou diminuer d'autres droits retenus par le peuple ».

(27) C'est d'ailleurs la solution préconisée par le juge Harlan dans son opinion concordante.

(28) « Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship », *id.*, pp. 485-486.

(29) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

(30) Cet ancrage, plus logique, soulève néanmoins un dilemme pour les auteurs libéraux (au sens américain du terme, c'est-à-dire progressistes) qui doivent expliquer pourquoi l'usage du *substantive due process* était erroné dans *Lochner* et justifié dans *Roe*, pourquoi le premier relève du gouvernement des juges et pas le second.

(31) *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972).

(32) *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678, 687 (1977).

(33) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 152-153 (1973).

(34) *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923).

(35) *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

(36) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

(37) *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944).

(38) *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

(39) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

(40) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Voir *supra*.

(41) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Voir *infra*.

(42) *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

(43) *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

(44) *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016). Voir *infra*.

(45) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

(46) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).

(47) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

(48) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Voir *infra*.

(49) *In Re Quinlan*, 70 N.J. 10 (1976).

(50) *Cruzan v. Director, MDH*, 497 U.S. 261 (1990). Dans la note 7, la Cour affirme clairement: « Although many state courts have held that a right to refuse treatment is encompassed by a generalized constitutional right of privacy, we have never so held. We believe this issue is more properly analyzed in terms of a Fourteenth

Amendment liberty interest ».

<sup>(51)</sup> *Washington v. Glucksberg* 521 U.S. 702 (1997) ; *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

<sup>(52)</sup> Voir *infra*.

<sup>(53)</sup> I. Lupu, « Untangling the Strands of the Fourteenth Amendment », *Michigan Law Review*, Vol. 77, 1979, p. 1030.

<sup>(54)</sup> G. Gunther, « Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection », *Harvard Law Review*, Vol. 86, 1, 1972, p. 8.

<sup>(55)</sup> V. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 560 p.

<sup>(56)</sup> Les juristes américains sont d'ailleurs traditionnellement hostiles au contrôle de proportionnalité – alors même que celui-ci s'impose comme un standard en Europe, au Canada, en Inde ou encore en Afrique du Sud – en raison d'un attachement marqué aux approches catégorielles et, peut-être aussi, d'une défense d'une forme de « l'exceptionnalisme américain ».

<sup>(57)</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>(58)</sup> *Id.*, pp. 876-877.

<sup>(59)</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 579 US \_\_\_\_ (2016).

<sup>(60)</sup> *Califano v. Jobst*, 434 U.S. 47 (1977).

<sup>(61)</sup> E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, Wolters Kluwer, New York, 2011, p. 822.

<sup>(62)</sup> Voir *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 195 (1989). Il existe quelques exceptions à ce refus de reconnaître des obligations positives, lorsque l'individu est en détention par exemple.

<sup>(63)</sup> *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977); *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

<sup>(64)</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>(65)</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Le terme « *privacy* » n'apparaît d'ailleurs que quatre fois dans la décision.

<sup>(66)</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).

<sup>(67)</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>(68)</sup> *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 171 (2007).

<sup>(69)</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 579 US \_\_\_\_ (2016).

<sup>(70)</sup> Voir J. Greene, « The So-Called Right to Privacy », *UC Davis Law Review*, vol. 43, 2010, pp. 739 et s.

<sup>(71)</sup> Nonobstant les difficultés liées au *substantive due process*. Voir *supra*.

<sup>(72)</sup> Voir *supra*.

<sup>(73)</sup> *Olmstead v. United States*, 277 US 438, 478 (1928).

<sup>(74)</sup> Propos de John Adams in C. Adams (ed.), *The Works of John Adams, Volume X*, Little, Brown and Company, Boston, 1854, p. 248. Certains y virent même la « naissance de la théorie constitutionnelle américaine » (E. Corwin, « The Establishment of Judicial Review », *Michigan Law Review*, Vol. 9, 1910, p. 106), en raison de l'argumentation menée sur la nécessité du contrôle de constitutionnalité des lois.

<sup>(75)</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 660 (1961).

<sup>(76)</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 350 (1967).

<sup>(77)</sup> *United States v. Boyd*, 116 U.S. 616 (1886).

<sup>(78)</sup> *Olmstead v. United States*, 277 US 438 (1928).

<sup>(79)</sup> *Id.*, p. 478.

<sup>(80)</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

<sup>(81)</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>(82)</sup> *Ibid.*, p. 361.

<sup>(83)</sup> Voir O. Kerr, « Four Models of Fourth Amendment Protection », *Stanford Law Review*, Vol. 60, 2007, p. 505.

<sup>(84)</sup> *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445 (1989).

<sup>(85)</sup> *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

<sup>(86)</sup> Voir *infra*.

<sup>(87)</sup> *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

<sup>(88)</sup> *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 347 (1974).

<sup>(89)</sup> Voir *Herring v. United States*, 129 S. Ct. 695 (2009).

<sup>(90)</sup> *Utah v. Strieff*, 579 US \_\_\_\_ (2016).

<sup>(91)</sup> *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, Pub. L. 107–56.

<sup>(92)</sup> *USA Freedom Act*, Pub. L. 114–23.

<sup>(93)</sup> *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. 95–511.

<sup>(94)</sup> *Doe v. Gonzalez*, 500 F.Supp.2d 386 (SDNY Sept. 2007); *Mayfield v. United States*, 504 F. Supp. 2d 1023 (D. Or. 2007); *Doe v. Mukasey*, 549 F.3d 861 (2d Cir. 2008); *American Civil Liberties Union v. James Clapper*, 785 F.3d 787 (2d. Cir. 2015).

<sup>(95)</sup> J. Risen, E. Lichtblau, « Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts », *The New York Times*, 16 décembre 2005.

<sup>(96)</sup> *United States v. Jones*, 132 S.Ct. 945 (2012).

<sup>(97)</sup> *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014).

<sup>(98)</sup> *Carpenter v. United States*, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

<sup>(99)</sup> 15 décembre 1983, *BVerfGE* tome 65, p.1,

<sup>(100)</sup> Article 8.

<sup>(101)</sup> *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

<sup>(102)</sup> *NASA v. Nelson*, 562 U.S. 134 (2011).

<sup>(103)</sup> *Id.*, p. 138.

<sup>(104)</sup> « We assume, without deciding, that the Constitution protects a privacy right of the sort mentioned in *Whalen* », *id.*

<sup>(105)</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>(106)</sup> *Privacy Act of 1974*, 5 U.S.C. § 552a.

<sup>(107)</sup> Voir CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.

<sup>(108)</sup> Règlement (UE) 2016/679.

<sup>(109)</sup> *United States v. Microsoft* No. 17-2. L'affaire a finalement été déclarée sans objet, en raison de l'adoption par le Congrès du *Cloud Act* en 2018, qui prévoit explicitement l'obligation de coopérer pour les opérateurs américains, même si les serveurs en cause sont à l'étranger, tout en prévoyant des procédures lorsque l'opérateur estime qu'il y a violation du droit du pays dans lequel se trouve le serveur.

<sup>(110)</sup>Voir néanmoins *supra* les développements relatifs au fait que la liberté supplante le *right of privacy* en tant que vecteur d'expansion de l'autonomie (I.C).

<sup>(111)</sup>*Justice K.S. Puttaswamy v. Union of India*(2017) 10 SCC 1.

# Les juges constitutionnels étrangers : l'exemple de l'Allemagne

**Constance Grewe**

*Professeure émérite de droit public*

*IRCM*

*Université de Strasbourg*

*Ancien juge à la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine*

## Introduction

Parmi les droits fondamentaux énumérés dans la Loi fondamentale (LF) ne figurent ni vie privée ni protection des données personnelles. La protection de ces droits est, pour une part, éclatée dans le texte constitutionnel et, pour une autre, d'origine jurisprudentielle. Sont garantis directement par la LF le secret des correspondances, de la poste et des télécommunications (art. 10 LF) ainsi que l'inviolabilité du domicile (art. 13 LF). La jurisprudence a consacré les droits de la personnalité dont dérive l'autodétermination informationnelle ou protection des données ainsi que le principe de confidentialité et d'intégrité des systèmes informatiques.

Compte tenu du temps qui m'est imparti et du fait que j'ai publié un article sur la question en 2000<sup>(1)</sup>, j'ai choisi de m'attacher ici surtout à des aspects emblématiques de la jurisprudence postérieure. Comme on aura l'occasion de le remarquer, cette jurisprudence est nettement marquée par les phénomènes socio-politiques contemporains, tels que l'éclatement des familles et des genres, le terrorisme et le big data. Elle est également désormais beaucoup plus étroitement reliée au droit européen, celui de la CEDH autant que celui de l'UE, que par le passé.

Ce qui a alors retenu mon attention, c'est d'abord, en matière de droits de la personnalité, la jurisprudence en droit de la famille, plus particulièrement celle relative à la filiation et à l'état civil (I). Ce domaine reflète à la fois des changements sociologiques rapides et des particularités juridiques résultant de l'absence ou de l'insuffisance des bases législatives. Ensuite, il m'a semblé indispensable, vu l'ampleur des débats suscités, d'évoquer la saga du contrôle étatique sur les données et le contenu des communications et systèmes informatiques (II).

## I – Les ramifications constitutionnelles de la filiation et de l'état civil

Le droit général de la personnalité résulte de la combinaison de deux dispositions centrales de la Constitution allemande, à savoir l'art. 1, al. 1 reconnaissant le principe de la dignité humaine et l'art. 2, al. 1 garantissant le droit au libre épanouissement de la personnalité. La protection de la sphère privée ne figurant pas dans un catalogue est par définition indéterminée et, de ce fait, ouverte à toutes les évolutions. Pour cette raison, elle est également résiduelle ; elle ne vient à jouer que si aucune des protections spécifiques n'est applicable.

La conception casuistique de ce droit rend pratiquement impossible de délimiter son champ de protection de manière précise. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle refuse d'en donner une définition pour préférer « faire ressortir, à l'occasion de chaque affaire à juger, ses empreintes »<sup>(2)</sup>. Ainsi elle a reconnu notamment le droit à une sphère privée, secrète et intime, l'utilisation de documents personnels dans une procédure publique, par exemple un journal intime<sup>(3)</sup> ou un dossier médical<sup>(4)</sup>, mais également l'autodétermination sexuelle<sup>(5)</sup>, celle de son état civil<sup>(6)</sup>, le droit de conserver son nom<sup>(7)</sup> ou la connaissance de ses origines biologiques<sup>(8)</sup>. Font en outre partie du droit général de la personnalité l'autodétermination ou l'autoprésentation qui se traduisent dans le droit à l'image<sup>(9)</sup>, à la parole<sup>(10)</sup>, à l'honneur<sup>(11)</sup> et à la non déformation de sa personnalité en public<sup>(12)</sup>.

C'est dans ce cadre général qu'il s'agit à présent de situer le contentieux relatif à l'état civil et à la filiation. L'état civil n'est pas toujours aussi simple à déterminer qu'on pourrait le croire. Le principe d'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes, l'élargissement du concept de famille aux relations affectives effectives et les rapports qui doivent par conséquent s'établir entre état civil et filiation ont réservé quelques surprises et quelques difficultés au juge constitutionnel allemand qui se sont concentrées essentiellement dans le contentieux relatif aux implications de la paternité et au droit de connaître les origines de l'enfant (A). L'autre aspect, encore plus récent, aux confins du principe de non-discrimination à raison du sexe, concerne l'inscription dans les registres de l'état civil (B).

### A/ Le droit de connaître l'origine ou les implications de la paternité

Ce contentieux mérite une analyse non seulement pour son actualité sociologique mais encore d'un point de vue juridique. Opposant généralement deux personnes privées, la théorie classique des droits fondamentaux conçus comme des droits subjectifs de défense contre l'État ne peut jouer. C'est alors la dimension objective des droits qui vient à s'appliquer, imposant à l'État une obligation de protection, largement méconnue en droit français. Comment

sont donc respectivement protégés l'enfant qui souhaite connaître ses origines, le père légal qui voudrait être certain que son enfant est bien son enfant biologique ou le père biologique qui cherche ou refuse la paternité ? Ce droit établi au profit de l'enfant lui-même dès 1989 <sup>(13)</sup> et consolidé en 1994 <sup>(14)</sup> s'est révélé plein d'embûches ; il a surtout rencontré des limites importantes résultant tant du rang élevé de la protection de la famille en vertu de l'art. 6 LF que de l'absence ou de l'insuffisance d'une concrétisation législative.

1 - En effet, le droit de la famille a été largement mis en œuvre par le législateur dans le code civil (BGB). Ce dernier établit la présomption de légitimité de l'enfant né au cours du mariage mais permet de renverser celle-ci au moyen d'une contestation de paternité (Anfechtungsklage) initiée par l'enfant ou son représentant, la mère ou le père légal. Cette procédure est enfermée dans des conditions de preuve et de délai assez strictes et surtout elle n'est pas ouverte au père biologique. On peut donc remarquer que le législateur n'a pas vraiment concrétisé le droit de l'enfant de connaître ses origines ni celui du père biologique de revendiquer sa paternité autrement que par une reconnaissance, lorsqu'elle est possible.

Le juge est alors confronté à une situation difficile. Appliquer strictement la loi revient à nier le droit de connaître ses origines. Annuler cette législation conduit à la législation antérieure encore moins conforme à la Constitution. Reste, dans la mesure du possible, l'interprétation conforme à la Constitution, ce qui correspond en France à la constitutionnalité sous réserve ou alors la déclaration simple d'inconstitutionnalité assortie d'un délai dans lequel le législateur doit remédier aux défauts constatés par le juge. Dans le cas d'un recours constitutionnel dirigé contre un jugement, comme souvent en droit de la famille, le juge dispose encore d'un autre moyen : celui de laisser la loi intacte et de procéder lui-même à la balance des intérêts et ainsi compléter, au moins dans l'affaire concrète, le droit en vigueur. Ce sont toutes ces techniques auxquelles la Cour constitutionnelle recourt dans ces affaires. Cela exige dans tous les cas un contrôle approfondi, même si les arguments avancés ne paraissent pas toujours à l'abri de la critique.

2 - Ainsi, dans deux des affaires ici considérées, c'est l'enfant – devenu majeur – qui a introduit la requête cherchant à établir sa filiation naturelle. Dans le premier cas <sup>(15)</sup>, la requérante a demandé à sa mère de lui révéler les relations sexuelles de celle-ci avant sa naissance afin de connaître son père biologique. Cependant, son droit à connaître ses origines se heurte au droit à l'intimité de la mère, tiré lui aussi des droits de la personnalité. Le refus de la mère, dès lors qu'il converge avec la protection de la famille légale ou « sociale » ainsi que celle du père biologique l'emporte alors sur le droit de l'enfant. C'est donc le juge lui-même qui procède dans cette espèce à la mise en balance.

Dans le second cas <sup>(16)</sup>, l'enfant devenu une femme majeure, après un premier échec de contester la paternité de son père légal, tente de faire reconnaître la paternité de son père biologique contre le gré de celui-ci. Elle utilise pour ce faire un moyen tout à fait illégal, réprouvé par l'ensemble des juridictions saisies, à savoir un test ADN effectué grâce à une substance dérobée au père putatif. Elle demande une simple reconnaissance de paternité sans remise en cause de la filiation légale. En effet, la loi avait admis, peu de temps auparavant, une telle reconnaissance sous la forme d'une déclaration d'origine (Abstammungserklärung) au profit du père légal. Toutefois, en l'occurrence, le juge non seulement refuse d'étendre cette législation au bénéfice de la requérante - l'enfant est donc moins bien traité que le père légal - mais il centre encore toute l'affaire autour du père biologique de sorte qu'on peut avoir l'impression que c'est lui qui requiert cette déclaration. D'ailleurs l'arrêt est présenté sous le chapeau : une déclaration d'origine ne peut être réclamée vis-à-vis du père biologique <sup>(17)</sup>. En passant, on pourra noter que tous les juges participant à la délibération étaient des hommes. Quoi qu'il en soit, la Cour constitutionnelle oppose à cette demande le droit à la protection des données personnelles du père biologique ainsi que les impératifs de protection de la famille légale et de celle du père biologique présumé. Cette fois-ci, la Cour constitutionnelle s'est donc opposée à adopter une vision extensive de la concrétisation législative et a, en s'appuyant d'ailleurs sur la CEDH, réduit encore le droit de l'enfant de connaître ses origines.

3 - Le père légitime <sup>(18)</sup> dispose également d'un droit à connaître l'origine de son enfant. Traditionnellement, ce droit s'exerçait au moyen de la contestation de paternité, procédure compliquée et entourée de nombreuses conditions. Surtout, une telle demande entraîne inéluctablement la dissolution de la filiation légitime et enlève donc au père le statut juridique paternel. La Cour constitutionnelle déduit de cette situation que, là encore, le législateur n'a pas suffisamment concrétisé le droit de la personnalité du père à connaître les origines de sa descendance. La contestation de paternité apparaît à cet égard à la fois comme insuffisante car trop difficile à mettre en œuvre et comme excessive, dès lors qu'il ne s'agit que du droit de savoir. La Cour, estimant que le droit à l'autodétermination informationnelle de l'enfant, nécessairement touché par l'investigation du père, pèse moins lourd que le droit de savoir du père – on se demande pourquoi, elle ne le justifie nullement – conclut donc à l'existence d'une lacune juridique, déclare la loi inconstitutionnelle et demande au législateur de prévoir, au profit du père légal, une procédure adéquate, c'est-à-dire une déclaration d'origine sans effets sur la filiation. Paradoxalement, on peut noter que c'est lui, le père légal, qui semble bénéficier le plus du droit de connaître les origines.

Mais le droit du père légal trouve des limites lorsqu'il entre en conflit avec le droit de la mère au secret de son intimité, en particulier dans le domaine des relations sexuelles. Ainsi le père peut, si son action en contestation de paternité a abouti, réclamer d'être libéré de son obligation alimentaire. Ceci suppose cependant la connaissance du père biologique que seule la mère possède. Dans cette affaire <sup>(19)</sup>, les juridictions ordinaires avaient estimé que le père apparent pouvait obliger la mère à révéler le nom de la ou des personnes avec qui elle a eu des relations sexuelles. La mère refuse et introduit un recours constitutionnel.

La Cour constitutionnelle insiste d'abord sur le conflit des droits : droit de la personnalité de la mère d'un côté – un droit qui pèse lourd - et intérêt financier du père de l'autre. Aucune loi ne réglant ce conflit ou les modalités de sa résolution, la Cour constitutionnelle considère que le pouvoir normatif du juge peut lui permettre d'étendre les droits fondamentaux mais pas de les restreindre. Les restrictions nécessitent par principe une intervention du législateur concrétisant les exigences constitutionnelles. Il est donc interdit aux juges – même ceux de la Cour constitutionnelle - de créer du droit préjudiciable aux droits fondamentaux. En conséquence, la Cour annule les jugements attaqués et renvoie l'affaire pour être jugée à nouveau mais significativement, elle n'invite pas le législateur à intervenir. Sans doute, aucun des droits en présence lui paraissait menacé au point d'exiger une concrétisation supplémentaire.

4 - Quant au père biologique dont on a déjà vu qu'il ne dispose ni de l'action en contestation de paternité ni d'une déclaration d'origine, parce que le maintien de la famille légale présente un intérêt supérieur protégé par l'art. 6 LF, il a seulement la possibilité, à condition qu'il ait pu établir une relation de confiance avec son enfant, d'exiger un droit de visite et de se voir protégé ainsi à son tour par l'art. 6 en formant une famille avec son enfant. C'est ce que la Cour constitutionnelle a jugé <sup>(20)</sup> en constatant, une fois de plus, l'absence d'une législation adaptée aux droits constitutionnels en présence. Elle a donc exigé une intervention législative à cette fin.

Ces affaires montrent combien il peut être difficile parfois d'adapter la réglementation à la réalité sociale et à quel point les mises en balance du juge – plus ou moins subjectives - conditionnent l'activité législative. Ce constat vaut aussi pour l'affaire toute récente concernant l'inscription dans le registre de l'état civil.

## **B/ L'inscription des personnes transgenre dans les registres de l'état civil**

Cette affaire a été jugée le 10 octobre 2017 <sup>(21)</sup> : elle est donc toute fraîche. La personne requérante a introduit devant la Cour constitutionnelle un recours constitutionnel fondé sur la violation de ses droits de la personnalité résultant du fait que les registres de l'état civil limitent les options à un choix binaire : masculin ou féminin. Si on n'accepte ni l'une ni l'autre appartenance, il ne reste qu'à laisser la case blanche, ce qui fait dire au requérant comme à la Cour qu'alors la personne apparaît dépourvue de sexe. Or, dans la mesure où l'indication du genre fait partie des mentions de l'état civil, elle revêt une importance certaine en contribuant à définir l'identité juridiquement pertinente d'une personne. Par ailleurs, la Cour souligne les répercussions de cette identité dans la vie sociale. Pour appuyer son raisonnement, elle cite longuement les prises de position du comité d'éthique ainsi que des organisations médicales et psychiatriques pour lesquelles le fait de n'être ni complètement homme ni femme ne constitue pas une maladie que l'on pourrait « soigner » mais simplement une réalité différente. La Cour fait également appel aux statistiques afin d'illustrer l'importance du phénomène dans la société allemande.

À la suite de cet exposé, elle estime la situation actuelle inconstitutionnelle parce que portant une atteinte sensible aux droits des personnes transgenre. Elle invoque d'ailleurs également le principe de non-discrimination et la jurisprudence de la CJUE sur ce sujet. Alors que la suite logique consisterait en une annulation de la législation à la base de cette violation, elle refuse cette idée, le législateur ayant plusieurs solutions à sa disposition, notamment celle de supprimer la mention du sexe ou celle d'ajouter une troisième catégorie à côté des hommes et des femmes.

Bien qu'ici il ne s'agisse pas de restreindre des droits fondamentaux mais au contraire de les développer, la Cour n'a pas osé imposer cette solution par elle-même. On voit donc comment le juge parvient à la fois à augmenter son propre pouvoir normatif tout en préservant la liberté de choix du législateur démocratique. Cet équilibre est encore plus délicat à établir en matière de sécurité.

## **II – La saga du contrôle étatique sur les données et le contenu des communications et systèmes informatiques**

Le développement du terrorisme et de la criminalité organisée ont conduit à renforcer progressivement et sensiblement les moyens de surveillance et de contrôle des autorités publiques. Des révisions constitutionnelles ont d'abord restreint le secret des télécommunications (art. 10 LF) et l'inviolabilité du domicile (art. 13 LF). La législation édictée sur cette base a fait l'objet d'une jurisprudence qui admet, certes, le principe de ces nouveaux pouvoirs d'investigation, mais tend à les encadrer <sup>(22)</sup>.

La menace terroriste a ensuite incité l'UE à renforcer la coopération en ce domaine. Une directive prescrivant aux

États membres de conserver toutes les données de communication a ainsi été adoptée en 2006 <sup>(23)</sup>. Cette mesure a engendré des contestations variées devant les Cours constitutionnelles nationales dont la Cour constitutionnelle allemande jusqu'à son invalidité déclarée en 2014 par la Cour de justice <sup>(24)</sup>.

Toutefois, l'accroissement des pouvoirs d'investigation étatique ne s'est pas limité à la conservation des données de communication mais a tenté de s'étendre toujours plus vers la connaissance des contenus des données et même des systèmes informatiques. La société de l'information conduit en effet à des conflits d'intérêts particulièrement aigus. D'un côté, elle facilite des usages informatiques multiples tant privés que professionnels des individus, ceux-ci pouvant être des citoyens au-dessus de tout soupçon comme des candidats au terrorisme qui planifient leurs attentats futurs. De l'autre côté, elle donne aux autorités publiques les moyens de surveiller, d'espionner et de s'introduire dans les systèmes informatiques privés. Cette problématique a donné lieu à des débats passionnés dans lesquels la Cour constitutionnelle est intervenue notamment à 4 reprises.

Ces jugements ont tous été déclenchés par des recours constitutionnels contre une loi. En cela, ces affaires se distinguent nettement de celles examinées préalablement où l'absence ou l'insuffisance d'une base légale a joué un rôle primordial. Elles concernent toutes l'espionnage de la vie privée par des moyens informatiques. Ainsi la Cour a eu à se prononcer dans deux arrêts importants sur les conditions de collecte et de transmission des différentes sortes de données de communication (A). Deux autres décisions de la Cour constitutionnelle allemande ont trait à la captation du contenu de communications ou de systèmes informatiques entiers (B).

### **A/ La conservation des données de communication**

Prescrite par une directive de 2006, la conservation des données de communication a été transposée en droit allemand par une loi du 21 décembre 2007. Toute une série de recours est alors dirigée d'abord contre les §§ 113a, 113b de la loi sur les télécommunications et le § 100g du code de procédure pénale. La Cour réagit très vite, dès 2008, par deux mesures de sursis à exécution de ces textes <sup>(25)</sup>. Elle rend son premier arrêt en 2010 et le second en 2012.

#### **1 – La décision relative aux données de communication ou de trafic <sup>(26)</sup>**

Dans son premier arrêt sur le fond de 2010, la Cour refuse, d'une part, de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice parce que la primauté du droit communautaire ne posait pas de problème en l'occurrence. D'autre part, elle considère que si l'obligation faite aux fournisseurs de services de conserver toutes les données de communication à titre de provision et sans raison particulière pendant 6 mois n'est pas en soi contraire à la Constitution telle qu'elle est mise en œuvre dans la loi, elle constitue cependant une ingérence inconstitutionnelle dans le secret des télécommunications et doit être annulée <sup>(27)</sup>.

Les données de communication ou de trafic comportent l'adresse IP de l'expéditeur et du destinataire, les lieux d'émission et de destination, la durée de la communication ainsi que les noms et adresses postales. Les supports visés sont l'internet, le téléphone fixe et mobile, les SMS, MMS et les fax. C'est pourquoi l'art. 10 – le secret des télécommunications - constitue ici la norme de référence.

La Cour souligne que, par son ampleur, cette collecte constitue une nouveauté qui peut susciter l'impression menaçante d'être continuellement observé. Elle doit donc répondre à des exigences de proportionnalité adéquates. À cet égard, la séparation entre les phases de collecte de l'information et de l'utilisation de cette dernière constitue une garantie dès lors que c'est une multitude de personnes privées, les fournisseurs d'accès, qui effectue la collecte pour le compte de l'État. De cette manière, les données ne forment pas une base unique et ne sont pas interconnectées à ce stade. Cependant ce genre de collecte doit demeurer exceptionnelle.

Quant à la proportionnalité, la Cour critique surtout les insuffisances en matière de sécurité des données, de limitations de leurs utilisations, de transparence et de recours juridictionnel.

Ainsi la sécurité informatique requiert notamment un contrôle par une autorité indépendante. L'utilisation directe des données, c'est-à-dire les demandes de transmission de données adressées par les services compétents aux fournisseurs d'accès doivent se limiter dans le domaine répressif à des crimes graves que le législateur doit énumérer de manière exhaustive au lieu de se contenter de formules vagues. La méconnaissance de ces obligations doit être sévèrement sanctionnée. Une transmission ne peut avoir lieu que s'il existe un soupçon concrètement fondé qu'une personne a commis un crime grave. S'il s'agit de prévenir la criminalité, seule l'existence d'un danger concret établi par des faits déterminés pour la vie, l'intégrité physique ou la liberté d'une personne, pour l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land ou pour parer un danger commun peut justifier la transmission de données. La Cour précise que ces obligations s'imposent aussi aux services de renseignement. Elle suggère en outre l'interdiction totale de transmission au regard de groupes de personnes dont l'activité repose essentiellement sur la confidentialité ou l'anonymat. La transmission des données doit être préalablement autorisée par un juge et la personne visée doit être informée et bénéficier d'un recours juridictionnel

effectif.

À côté de cette utilisation directe des données, la loi prévoit une modalité indirecte consistant en une demande de renseignement adressée par le service au fournisseur d'accès tendant à connaître le titulaire d'une adresse IP déjà connue. L'ingérence est ici nettement moindre, tant parce que le service n'a pas d'accès à la donnée elle-même que parce qu'il est impossible, à partir de ces éléments, de dresser un profil. Les exigences sont réduites d'autant. Par conséquent, ces demandes d'information ne sont pas limitées aux crimes graves, même si un soupçon fondé doit justifier cette démarche.

Alors que les protecteurs de données se sont montrés critiques vis-à-vis de cette jurisprudence, deux opinions dissidentes accompagnent l'arrêt qui reprochent à la majorité sa sévérité à l'égard de ces pouvoirs d'investigation et sa tendance à limiter les pouvoirs d'appréciation du législateur. Le deuxième arrêt, rendu en 2012, a connu un sort semblable.

## **2 – La décision relative aux données stockées <sup>(28)</sup>**

Les données stockées sont celles qui sont déposées auprès du fournisseur d'accès au moment de l'ouverture du contrat. Elles comprennent le nom, l'adresse, la date de naissance, les coordonnées bancaires, éventuellement la profession mais aussi les numéros PIN et PUK des téléphones mobiles ainsi que l'adresse IP et les mots de passe d'accès aux comptes e-mail. Ce sont ces données que les §§ 111 à 113 de la loi sur les télécommunications prescrivent de stocker et de transmettre aux services visés pour des besoins de poursuites ou de prévention criminelle.

La loi prescrit aux fournisseurs d'accès y compris les intermédiaires comme les hôtels ou les hôpitaux de collecter et de conserver les données stockées. À partir de là, elle prévoit deux sortes de transmissions d'information, la procédure automatique par l'intermédiaire de l'agence fédérale des réseaux et la procédure manuelle de demande d'information adressée aux fournisseurs d'accès.

La procédure automatique implique que le fournisseur de services établit un registre sur la base des données récoltées. Si un service habilité a besoin pour l'accomplissement de ses tâches de données particulières, il en fait la demande à l'agence fédérale des réseaux qui transmet ces données directement. La Cour considère que cette procédure ne relève pas de l'art. 10, ne portant pas sur le contenu de la télécommunication mais sur son contexte technique. C'est alors le droit à la protection des données personnelles qui vient à s'appliquer. Elle estime en outre que ces dispositions obligent certes les fournisseurs d'accès à procéder au stockage des données mais que l'utilisation de celles-ci par les services concernés nécessite une autorisation spécifique figurant dans les lois relatives aux fonctions de ces services. Dans ces conditions, la procédure automatique ne porte pas, selon la Cour, une atteinte grave aux droits des usagers d'internet parce que normalement les données en cause ne comportent que peu d'indications personnelles. Toutefois, elle procède à une interprétation conforme à la constitution en exigeant que ces transmissions ne comportent pas d'indication d'adresses IP dynamiques et que les mots de passe ou codes PIN ou PUK ne soient transmis que si le service dispose d'une habilitation spéciale à cette fin. Compte tenu des bénéfices attendus pour une politique de sécurité plus efficace, ces mesures poursuivent un but légitime et respectent le principe de proportionnalité.

La procédure manuelle de demande de renseignements est conforme à la Constitution pour autant qu'elle exclue la transmission d'adresses IP dynamiques et qu'elle suppose pour chaque service concerné une habilitation spécifique à l'utilisation de telles données. Cela vaut en particulier pour les mots de passe.

La Cour a donc enlevé à ces dispositions leur venin particulier qui permettait de remonter des données stockées via les mots de passe et les adresses IP dynamiques aux communications concrètes et ainsi au secret des télécommunications.

## **3 - L'incidence de la jurisprudence de la CJUE**

L'arrêt de la Cour de justice rendu le 21 décembre 2016 <sup>(29)</sup> sur renvoi préjudiciel de la cour d'appel administrative de Stockholm et de la cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles dans les affaires jointes *Tele 2 Sverige AB et Secretary of State for the Home Department* vient préciser l'arrêt *Digital rights* de 2014 qui avait conclu à l'invalidité de la directive de 2006.

Contrairement aux conclusions de l'avocat général <sup>(30)</sup>, il juge une « conservation générale et indifférenciée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les moyens de communication électronique » contraire à l'art. 15 §1 de la directive 2002/58 interprété à la lumière de la Charte des droits fondamentaux (art. 7, 8, 11 et 52 §1). En particulier, la Cour considère qu'il doit y avoir un lien entre la phase de la collecte et celle de l'exploitation. Dès lors que celle-ci est conditionnée par la prévention et la poursuite de crimes graves, cette limitation doit se traduire également dans la base de données. C'est sur ce point qu'il y a

manifestement une différence d'appréciation entre les juridictions allemande et européenne. Car sur la seconde question soumise à la Cour de justice, la vue des deux Cours semble très proche. La Cour de justice estime, en effet, que l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées exige une réglementation nationale qui limite « cet accès aux seules fins de lutte contre la criminalité grave » et soumet cet accès en outre à un contrôle préalable par une juridiction ou une autorité administrative indépendante et prescrit enfin que « les données en cause soient conservées sur le territoire de l'Union ».

C'est aux juges nationaux de tirer les conclusions des constats d'invalidité mais d'ores et déjà, l'agence fédérale des réseaux a publié un communiqué annonçant qu'elle n'exigerait plus de conservation des données, qu'elle n'en transmettrait plus aux services habilités et qu'elle effacerait toutes les données en sa possession <sup>(31)</sup>.

## **B/ La surveillance clandestine du contenu des communications et des systèmes informatiques**

Deux grands arrêts traitent de cette question. Il s'agit, d'une part, d'une décision de 2008 précisant les pouvoirs de l'office de protection de la constitution de Rhénanie-du-Nord-Westphalie et, d'autre part, d'une décision de 2016 relative aux pouvoirs de l'office fédéral de police criminelle.

### **1 – La décision relative à la loi sur la protection de la constitution de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie<sup>(32)</sup>**

La loi contestée comportait essentiellement deux types de mesures : d'une part, l'infiltration clandestine dans une communication en cours, par ex. la participation à un chat sous un pseudo ou la surveillance d'un compte e-mail par le moyen d'un malware, d'autre part ce qu'on appelle la « perquisition en ligne » ou le « cheval de Troie étatique », autrement dit un piratage clandestin de toutes les données stockées sur un ordinateur, une tablette ou un téléphone mobile.

La première restriction relève du secret des télécommunications de l'art. 10 LF dès lors qu'il s'agit d'une communication en cours. L'art. 10 LF protège en effet le secret des télécommunications quel qu'en soit le support, y compris les communications électroniques, ou quelle qu'en soit la forme : un écrit, un son ou une image. Le droit couvre le contenu et les données <sup>(33)</sup> de la communication. Les conditions de sa restriction suivent donc le régime de l'art. 10.

La Cour considère que l'infiltration clandestine constitue une atteinte au secret des télécommunications et doit donc être annulée. Il s'agit d'une atteinte d'autant plus sensible qu'elle s'effectue contre le gré de la personne ciblée et sans que celle-ci le sache. La gravité de cette atteinte exige des conditions d'intervention strictes qui ne sont pas prévues en l'occurrence. En particulier, le législateur autorise de telles mesures pour parer à des dangers qui peuvent être simplement potentiels ou éventuels. La loi ne prend pas non plus la précaution de protéger spécialement le noyau du projet de vie personnel.

La perquisition en ligne, c'est-à-dire la captation de toutes les données d'un système est encore plus inconstitutionnelle et doit donc être annulée également. Elle peut cependant s'avérer nécessaire, notamment pour contourner les systèmes de cryptage auxquels recourent les futurs terroristes. Parce que de telles mesures comportent des dangers nouveaux et importants pour le développement de la personnalité, la Cour estime que la protection résultant des dispositions expresses de la LF ainsi que des droits de la personnalité reconnus jusqu'à présent est insuffisante et mérite une reconnaissance. En effet, le recours croissant à l'informatique oblige l'individu à confier des données personnelles au système qu'un tiers, s'il y a accès, peut acquérir. Dans sa portée, un tel accès va bien au-delà de la collecte de données particulières, car il livre un nombre si élevé et une variété si grande de données qu'il est possible de connaître les goûts, les préférences et les opinions d'une personne et de dresser un profil de la personnalité. Pour ces raisons, la Cour crée alors un nouveau droit, celui à la confidentialité à l'intégrité des systèmes informatiques.

Dès lors, les restrictions doivent répondre à la gravité de l'atteinte ; elles sont donc entourées de conditions beaucoup plus strictes que celles de l'art. 10 ou de l'autodétermination informationnelle. Si le juge admet que ce type de captation peut servir tant à la prévention qu'à la répression, il exige d'abord une prise en considération particulière du noyau du projet de vie personnel, ensuite la présence d'un danger concret qui menace un bien ou une valeur d'importance supérieure comme la vie, l'intégrité physique, l'existence ou les bases de l'État et enfin des garanties procédurales telle que l'autorisation préalable par un juge.

### **2 – La décision relative aux pouvoirs de l'office fédéral de police criminelle<sup>(34)</sup>**

La loi du 31 décembre 2007 <sup>(35)</sup> relative aux compétences de l'office fédéral de police criminelle tire les conséquences pratiques du transfert de compétence en matière de lutte contre le terrorisme international des Länder à la Fédération. Elle attribue ainsi un grand nombre de pouvoirs nouveaux à l'office parmi lesquels les §§ 14 et 20c à 20 w étaient surtout visés par les recours qui font l'objet de cette décision. Il s'agit, d'une part, de mesures d'investigation et de surveillance et, d'autre part, de déterminer les règles d'utilisation et de transmission

des données obtenues par l'office à d'autres services nationaux ou étrangers. Ces compétences peuvent être exercées en vue de la prévention d'actes de terrorisme ou, de manière plus restrictive, pour des objectifs de poursuite criminelle. La restriction aux crimes graves est omniprésente dans ce jugement.

Les pouvoirs d'investigation et de surveillance dont l'office est désormais investi sont multiples et porteuses de graves ingérences dans la vie privée sous tous ses aspects. Ils doivent par conséquent donner lieu à une appréciation différenciée selon le droit en cause. Relèvent ainsi du droit à l'autodétermination informationnelle la surveillance de personnes en dehors de leur domicile <sup>(36)</sup> par différents moyens techniques tels l'observation, l'enregistrement d'images ou de sons, des mouchards, etc. ainsi que la recherche par quadrillage <sup>(37)</sup> ; de l'inviolabilité du domicile (art. 13 LF) les pouvoirs de surveillance optique et acoustique du domicile <sup>(38)</sup> ; de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes informatiques les perquisitions en ligne <sup>(39)</sup> et enfin du secret des télécommunications (art. 10 LF) la surveillance du contenu des télécommunications <sup>(40)</sup> et l'accès aux données de trafic <sup>(41)</sup>.

Il est impossible de rentrer dans ce cadre dans les détails du raisonnement juridictionnel. On en retiendra que, de manière générale, la Cour tient ces compétences pour compatibles avec la constitution dès lors qu'elles sont utilisées dans le but légitime de la lutte antiterroriste et qu'elles sont adéquates et nécessaires pour atteindre cet objectif. C'est surtout au regard de la proportionnalité en elle-même et des mesures d'accompagnement nécessaires qu'elle émet des critiques parfois sévères, puisque plusieurs mesures, notamment la surveillance des domiciles et les règles de transmission à d'autres services, sont purement et simplement annulées <sup>(42)</sup>, d'autres déclarées contraires à la constitution <sup>(43)</sup>. Les griefs les plus fréquents tiennent à l'insuffisante clarté des normes, au défaut d'un contrôle extérieur, à l'organisation d'un recours juridictionnel au profit de la personne visée et à la protection du noyau du projet de vie personnel.

Quant aux règles d'utilisation et de transmission de ces données ou informations, la Cour admet en principe une réutilisation par l'office des mêmes données pour le même objectif et le même crime mais elle encadre nettement les changements de finalité aussi bien à l'intérieur de l'office que vis-à-vis des autres administrations. Ce sont des principes similaires qui gouvernent la transmission à l'étranger (hors UE).

Dans l'ensemble, cette jurisprudence se montre ainsi plutôt favorable aux pouvoirs d'investigation et de surveillance des autorités étatiques, même si elle subordonne leur exercice à des conditions parfois strictes, car aucune des mesures contenues dans les lois contestées n'a été jugée incompatible en elle-même avec les principes constitutionnels. On peut remarquer également que toutes les décisions rendues dans ce domaine sont assorties de deux opinions dissidentes dont la teneur est de reprocher à la majorité sa sévérité mais qu'aucune opinion dissidente ne conclut à une inconstitutionnalité de principe d'une conservation générale des données de communication ou des mesures d'intrusion dans les systèmes informatiques privés. C'est sur ce point que le décalage par rapport au dernier arrêt de la CJUE paraît le plus frappant.

On peut en conclusion approuver ou critiquer les solutions retenues par le juge constitutionnel allemand dans le domaine de la vie privée. Mais ce qui semble beaucoup moins contestable, c'est la richesse de cette jurisprudence, la variété des instruments juridiques auxquels elle recourt pour essayer de répondre au mieux et au plus vite aux besoins sociétaux perçus et/ou reçus par le juge.

---

<sup>(1)</sup> AIJC 2000, 135.

<sup>(2)</sup> CCF Rec., t. 54, 148 Eppler, *EuGRZ* 1980, p. 414.

<sup>(3)</sup> Sur ce point, la CCF a dû se prononcer notamment sur l'utilisation possible des notes d'un journal intime d'une personne accusée d'un crime grave dans la procédure pénale : CCF Rec., t. 80, p. 367.

<sup>(4)</sup> CCF Rec., t. 32, p. 373 et t. 89, p. 69.

<sup>(5)</sup> CCF Rec., t. 47, p. 46.

<sup>(6)</sup> CCF Rec., t. 49, p. 286.

<sup>(7)</sup> CCF, Rec., t. 78, p. 38.

<sup>(8)</sup> CCF Rec., t. 90, p. 263.

<sup>(9)</sup> CCF Rec., t. 35, p. 202.

<sup>(10)</sup> CCF Rec., t. 54, p. 148.

<sup>(11)</sup> CCF Rec., t. 54, p. 208.

<sup>(12)</sup>CCF Rec., t. 63, p. 131.

<sup>(13)</sup>CCF Rec. t. 79, 256 du 31-1-1989 : le fait de rendre cette connaissance absolument impossible est contraire à la LF mais la protection de la famille a priorité face au droit de l'enfant de connaître ses origines.

<sup>(14)</sup>CCF, Rec. t. 90, 263 du 26-4-1994, cette décision conclut à l'inconstitutionnalité du délai préfixe de deux ans après la majorité pour l'exercice du droit de l'enfant à contester la paternité de son père légal.

<sup>(15)</sup>CCF, Rec. t. 96,56 du 6-5-1997 ; le litige opposant la fille à sa mère débouche sur l'impossibilité de connaître le père biologique en raison non seulement du droit à l'intimité de la mère mais surtout de la protection due à la fois à la famille légale et à celle du père présumé.

<sup>(16)</sup>CCF, Rec. t. 141, 186 du 19-4-2016 : seule la contestation de paternité, donc la remise en cause de la filiation établie est ouverte à l'enfant.

<sup>(17)</sup>Voir le [communiqué de presse sur cette affaire](#)

<sup>(18)</sup>CCF, Rec. t. 117, 202 du 13-2-2007.

<sup>(19)</sup>CCF, Rec. t. 138, 377 du 24-2-2015.

<sup>(20)</sup>CCF, Rec. t. 108, 82 du 9-4-2003.

<sup>(21)</sup>CCF n° 1 BvR 2019/16 du 10-10-2017.

<sup>(22)</sup>Cf. AIJC 2000, 135.

<sup>(23)</sup>Directive 2006/24/CEdu Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006.

<sup>(24)</sup>CJUE C-293/12 et C-594/12.

<sup>(25)</sup>CCF, Ordonnances du 19-3-2008 et du 6-11-2008.

<sup>(26)</sup>CCF Rec. t. 125, 260 du 2-3-2010.

<sup>(27)</sup>La nullité ne s'étend pas à la loi entière mais aux dispositions contestées.

<sup>(28)</sup>CCF Rec. t. 130, 151 du 24-1-2012.

<sup>(29)</sup>CJUE (GC), 21-12-2016, aff. C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post-och telestyrelsen*, et *Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*, ECLI:EU:C:2016:970.

<sup>(30)</sup>Conclusions de l'Avocat Général M. Henrik Saugmandsgaard Øe présentées le 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572.

<sup>(31)</sup><http://www.rp-online.de/politik/deutschland/bundesnetzagentur-setzt-vorratsdatenspeicherung-aus-aid-1.6912805>

<sup>(32)</sup>CCF Rec. t. 120, 274 du 27-2-2008.

<sup>(33)</sup>IP, heure, lieu et destinataire.

<sup>(34)</sup>CCF Rec. t. 141, 220 du 20-4-2016.

<sup>(35)</sup>BGBI 2008, 3083.

<sup>(36)</sup>§ 20g

<sup>(37)</sup>§ 20 j

<sup>(38)</sup>§ 20h

<sup>(39)</sup>§ 20 k

<sup>(40)</sup>§ 20 l

<sup>(41)</sup>§ 20 m

<sup>(42)</sup>Cela concerne le § 20h al. 1 n° 1 c et le § 20v al. 6, 1ère phrase.

<sup>(43)</sup>Ce sont les §§ 20g, al. 1 à 3, 20h, 20j, 20k, 20l, 20m, al. 1 ainsi que les §§ 20v, al. 6, phrase 3, 20u, al. 1 et 2 ainsi que 20v, al. 4, phrase 2, al. 5, phrase 1 à 4, le § 14, al. 1, phrase 1 n° 1 et 3, phrase 2. Ces dispositions continuent provisoirement de s'appliquer jusqu'au 30 juin 2018.

# Le juge administratif et le droit au respect de la vie privée - Présentation générale

**Christophe Roux**

Professeur de droit public  
Droits, contrats, territoires (EA 4573)  
Université Lumière - Lyon 2

Le hasard, les contingences matérielles ou temporelles de ce colloque peut-être, mais plus sûrement le souhait de l'organisatrice que je tiens à profondément remercier pour la confiance témoignée, ont voulu qu'après les juges européens et constitutionnels, cette journée d'étude se poursuive par un exposé consacré au juge administratif, lequel accède, ce faisant, à une certaine forme de primauté, au moins chronologique, par rapport à son homologue judiciaire. S'il ne faut probablement pas accorder à cette préséance plus d'importance qu'elle n'en a, il convient peut-être de déminer ce qui pourrait apparaître, pour certains, comme une incongruité, tant il est vrai que le juge administratif ne constitue pas *a priori* « le juge naturel » du droit au respect de la vie privée. C'est d'ailleurs après avoir fait écho à cette idée que le rapporteur public Edouard Crépey concluait ses remarquables conclusions sur l'avis contentieux du 13 juin 2013 relatif à la règle de l'anonymat du don de gamètes <sup>(1)</sup>. Il invitait alors le Conseil d'État à faire preuve de la plus grande prudence en jugeant le dispositif porté par l'article L. 1211-5 du Code de la santé publique <sup>(2)</sup> conventionnel au regard de l'article 8 Conv. EDH ; il préconisait surtout à la haute juridiction administrative de faire preuve d'un certain attentisme sur la question en attendant que, probablement bientôt, la Cour européenne des droits de l'Homme se prononce sur la question <sup>(3)</sup>.

Cette première considération laisserait à penser que, en effet, le juge administratif ne possède qu'un rôle relativement résiduel dans le cadre de ce contentieux et, plus encore, que lorsque par malheur il doit se saisir du droit au respect de la vie privée, ce ne serait que la main tremblante qu'il statuerait, les figures tutélaires de la Cour de cassation ou de la Cour européenne des droits de l'homme planant comme une ombre au-dessus de son office. Pour être tout à fait franc, et directement asséner la tonalité dominante de la présente communication, il nous paraît en effet tout à fait exact que le juge administratif ne développe pas, en la matière, une conception autonome ou « autonomiste » du droit au respect de la vie privée, sa jurisprudence apparaissant nettement en convergence avec celle développée par les juges constitutionnels, européens et judiciaires, comme les prochains développements se chargeront de l'étayer. Toutefois, s'il ne fait guère de doute que d'autres sont assurément plus aguerris que le juge administratif dans le maniement de l'article 9 du code civil ou de l'article 8 Conv. EDH, il n'en reste pas moins que le juge administratif n'est certainement plus ni un juge résiduel dans le cadre du contentieux relatif au droit au respect de la vie privée, ni, loin s'en faut, un juge docile et sous influence qui se contenterait d'enregistrer les solutions établies par d'autres.

Résiduel d'abord, son rôle ne l'est plus et, pour être exact, il ne l'a jamais été vraiment. D'abord, pour la bonne raison que les atteintes à la vie privée, notamment quant au droit d'être « *laissé tranquille* » <sup>(4)</sup>, proviennent régulièrement des autorités publiques <sup>(5)</sup>, ceci pouvant légitimement attirer sa compétence. Ensuite parce que, même si le juge judiciaire reste le juge des litiges relatifs à l'état des personnes, on n'omettra pas de rappeler que le juge administratif possède quelques îlots de compétence en la matière, comme s'agissant des contestations nées du changement de patronyme <sup>(6)</sup> ou, encore, s'agissant des titres nobiliaires <sup>(7)</sup>. Au-delà, à mesure que la notion de vie privée se dilatait au gré d'une interprétation dynamique opérée par la Cour européenne des droits de l'Homme <sup>(8)</sup>, son invocabilité n'était qu'une question de temps dans le cadre, notamment, du contentieux pénitentiaire <sup>(9)</sup>, des étrangers <sup>(10)</sup> ou des fonctionnaires. Enfin, comme on le sait, après avoir relié dans un premier temps le droit au respect de la vie privée à la liberté individuelle et l'article 66 de la Constitution <sup>(11)</sup>, et ce faisant renforcé la compétence de principe du juge judiciaire en la matière, le Conseil constitutionnel a détricoté l'ouvrage qu'il avait lui-même tissé par sa décision du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* <sup>(12)</sup>. Dès lors, comme a pu l'affirmer le Conseil d'État dans un arrêt du 27 avril 2011, *Ville de Nantes*, « *la protection de la vie privée ne relève pas, par nature, de la compétence exclusive des juridictions judiciaires* » <sup>(13)</sup>, le juge administratif pouvant recouvrer sa compétence en la matière sur des critères classiques tenant à la présence d'une personne publique au litige, à l'exercice d'une mission de service public administratif et/ou à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. Sous dépendance enfin, il ne l'est pas davantage à partir du moment où certains contentieux, tels ceux relatifs au domaine pénitentiaire ou à la fonction publique relèvent généralement de son office exclusif ; il l'est certainement encore moins dans la période contemporaine où il a été amené à se saisir régulièrement de l'atteinte au respect de la vie privée, que les litiges aient trait aux mesures adoptées sous l'empire de l'état d'urgence - comme les assignations à résidence ou les perquisitions administratives -, qu'il soit saisi de questions bioéthiques relatives à l'anonymat des donneurs ou à l'interdiction de l'exportation des gamètes ou que, plus encore, dans notre société numérique de l'information et du fichage, il ait à se prononcer sur la question sensible des données personnelles recueillies, compilées et susceptibles d'être utilisées par les différentes

autorités administratives <sup>(14)</sup>.

S'il fallait définitivement convaincre enfin de l'intérêt présenté par un tel sujet, on pourra rétrospectivement estimer que, à bien des égards, l'appréhension de ce droit fondamental a constitué un véritable laboratoire d'évolution pour l'office du juge administratif. Quoique il n'en soit fait aucune mention explicite, c'est néanmoins au regard du droit au respect de la vie privée susceptible d'être atteint par les mesures de réaffectation des détenus que le juge administratif a systématisé, par ses trois décisions d'assemblée du 14 décembre 2007, *Boussouar, Planchenaut et Payet* <sup>(15)</sup>, sa nouvelle jurisprudence relative aux mesures d'ordre intérieur, en considérant que, désormais, celles-ci pouvaient constituer des actes faisant grief et susceptibles de recours au regard des effets qu'elles peuvent emporter sur la situation des intéressés et particulièrement leurs libertés et droits fondamentaux <sup>(16)</sup>. Un an plus tard, c'est à nouveau au regard du droit au respect de la vie privée que le Conseil d'État, dans sa décision *Conseil national des barreaux* <sup>(17)</sup>, a accepté avec hardiesse de contrôler la conventionalité d'une directive et de sa loi de transposition au regard de l'article 8 Conv. EDH. C'est toujours au regard du droit au respect de la vie privée - que le juge administratif aurait par ailleurs systématisé l'usage du « triple test » de proportionnalité au sujet des mesures de police administrative <sup>(18)</sup>. Enfin, après avoir entre temps affirmé son statut de « *liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA* » <sup>(19)</sup>, c'est une nouvelle fois au regard du droit au respect de la vie privée que, pour la première fois, le Conseil d'État s'est aventuré dans un contrôle de conventionalité *in concreto* de la loi <sup>(20)</sup>.

Bien que les études doctrinales sur ce thème fassent globalement défaut, comparativement à celles consacrées par exemple au juge constitutionnel <sup>(21)</sup>, on pourra donc convenir de toute la richesse présentée par un tel sujet, le rôle du juge administratif allant croissant, les questions auxquelles il est confronté dans ce cadre étant parfois inédites et le « statut », si l'on peut dire, du droit au respect de la vie privée pouvant se réclamer d'un caractère assez particulier quant à l'office du juge administratif. Pour le reste, et comme souvent, la vérité des relations entretenues par le droit au respect de la vie privée et le juge administratif – en tout cas celle que nous défendrons – se situe probablement aux confins de deux idées complémentaires déjà esquissées dans les propos précédents. D'un côté, indubitablement, ici comme ailleurs, le « *dialogue des juges* » <sup>(22)</sup> est à l'œuvre et il n'est dès lors pas étonnant que le paysage que nous allons dépeindre se révèle proche de celui que les divers intervenants ont pu décrire dans leur sphère respective. Il n'en reste pas moins que l'appréhension du droit au respect de la vie privée par le juge administratif possède quelques particularismes, lesquels doivent à la nature particulière de son office, à l'historique de son contrôle ou, encore, à son souci de concilier à la fois les nécessités de l'action publique et les impératifs d'ordre public avec le respect de la vie privée. Ce faisant, si l'extension du champ de protection (I) autant que l'amplification des techniques de contrôle (II) révèlent des évolutions dans le creuset des jurisprudences constitutionnelles, européennes et judiciaires, ces deux mouvements comportent des limites spécifiques à notre objet d'étude, l'extension du champ de protection apparaissant « maîtrisée » par le juge administratif, tandis que l'intensification des techniques de contrôle nous paraît, encore à ce stade, « mesurée ».

## I- L'extension maîtrisée du champ de protection

« *Notion large, non susceptible d'une définition exhaustive* » <sup>(23)</sup>, le droit au respect de la vie privée a fait l'objet d'une interprétation particulièrement extensive, le juge européen trouvant dans l'article 8 Conv. EDH l'un de ses rameaux les plus bourgeonnants, à tel point que, pour certains, « *la prolifération de ses manifestations ne semble pas connaître de limites* » <sup>(24)</sup>. Cette sève a de fait irrigué la jurisprudence administrative, laquelle s'est ramifiée avec luxuriance et en convergence avec le droit européen (A) ; la sève n'en reste pas moins canalisée dans un certain nombre d'hypothèses par le juge administratif, les ramifications tendant parfois à s'extraire du tronc constitué par le droit au respect de la vie privée (B).

### A- Une extension convergente

Le propos est suffisamment connu pour que l'on n'y insiste guère : la doctrine s'accorde pour considérer que le droit au respect de la vie privée s'est transformé en une protection tentaculaire, un « *droit-gigogne* » <sup>(25)</sup>. C'est résolument dans cette veine que se place la jurisprudence administrative, que l'on fasse état positivement des « *frontières internes* » de ce droit (1°), lesquelles semblent toujours davantage repoussées, ou que l'on fasse état, par la négative, de ses « *frontières externes* » <sup>(26)</sup>, que l'on peine à borner (2°).

1° : De fait, si l'on s'attarde sur les frontières internes du droit au respect de la vie privée, l'analogie avec la jurisprudence européenne s'opère sans mal : il serait possible d'égrainer toutes les variables protégées en droit européen, comme le fait un célèbre manuel de référence <sup>(27)</sup>, pour trouver son équivalent en droit interne auprès du juge administratif. En se prêtant à un inventaire à la Prévert, l'on relèvera tout d'abord des protections assez classiques : sont ainsi explicitement intégrés par le juge administratif dans le droit au respect de la vie privée, le droit au nom <sup>(28)</sup>, la nationalité <sup>(29)</sup>, le droit à l'image <sup>(30)</sup>, la correspondance <sup>(31)</sup>, mais aussi la vie sexuelle <sup>(32)</sup> et le choix de son orientation <sup>(33)</sup>, la liberté du mariage <sup>(34)</sup> et la protection des données personnelles <sup>(35)</sup>. De manière

plus originale, sont également englobés dans le droit au respect de la vie privée : le choix du mode de sépulture <sup>(36)</sup> ; le droit d'exercer une activité professionnelle <sup>(37)</sup>, notamment visé au travers des mesures d'assignation à résidence ; le droit à la santé <sup>(38)</sup> (dans le cadre des transferts de structure et du droit des personnes à recevoir des soins adaptés <sup>(39)</sup>, ou s'agissant des mesures d'assignation à résidence <sup>(40)</sup>) ; la protection du domicile <sup>(41)</sup> et, dans son sillage, la protection de la qualité de vie <sup>(42)</sup> voire le droit à vivre dans un environnement sain, l'arrêt *Advocnar* <sup>(43)</sup> du 20 octobre 2007 actant également en droit interne cette liaison controversée que d'aucuns ont qualifié de « *mariage de la carpe et du lapin* » <sup>(44)</sup>.

En ramassant le propos et en reprenant une typologie désormais éprouvée, on pourra conclure de ce bref exposé que l'ensemble des variables du droit au respect de la vie privée sont connues du juge administratif : à la protection classique de la vie privée « *intimité* » et du secret <sup>(45)</sup>, s'est ajoutée une protection de la vie privée dite « *sociale* » <sup>(46)</sup>, dans le sillage de la jurisprudence *Niemetz c/ Allemagne* de la Cour EDH <sup>(47)</sup>, celle-ci apparaissant particulièrement nette dans le cadre pénitentiaire ou s'agissant du contentieux relatif aux mutations affectant les fonctionnaires et militaires. Enfin, aux côtés de ces deux variables, nul doute que la vie privée « *identité* » <sup>(48)</sup> est également protégée par ce biais, puisque, à défaut de prospérer régulièrement au fond, le contentieux du changement de nom ou celui relatif au droit de connaître ses origines <sup>(49)</sup> a permis au juge administratif de l'appréhender. Reste peut-être, dans une visée cursive, à se demander si le juge administratif n'est pas plus en retrait au sujet de la consécration de la vie privée « *liberté* » : la jurisprudence s'écarte tout de même assez soigneusement de la finalité large portée par l'arrêt *Pretty* et ses succédanés <sup>(50)</sup> relatifs au droit à l'autonomie personnelle et à la capacité d'autodétermination. Malgré tout, certains arrêts, comme celui relatif au choix du mode de sépulture <sup>(51)</sup>, recouvrent implicitement ces variables, les rapporteurs publics n'hésitant pas, par ailleurs, à mobiliser abondamment ces notions <sup>(52)</sup>.

2° : Ces frontières internes tracées, reste à déterminer si le droit au respect de la vie privée fait l'objet d'un confinement, au regard de ses frontières externes, c'est-à-dire par rapport aux autres droits et libertés protégés. Or, là encore, le constat opéré en droit européen d'une certaine « *porosité intra-conventionnelle* » <sup>(53)</sup> semble pouvoir être transposé sans mal au contentieux administratif.

Il arrive ainsi fréquemment que le juge administratif soit saisi à la fois de la méconnaissance des articles 3 et 8 Conv. EDH <sup>(54)</sup>. Il n'en sépare pas moins généralement leur contrôle respectif, tout à fait conscient que là où la prohibition portée par l'article 3 ne souffre d'aucune dérogation, l'article 8 § 2 en ouvre en revanche. Et si, à ce stade, aucun arrêt à notre connaissance n'a marqué cette faculté, il n'apparaît pas impossible que, comme en droit européen <sup>(55)</sup>, l'article 8 puisse jouer un rôle supplétif à l'article 3, en venant prendre son relais faute de caractérisation de l'atteinte portée à ce dernier. Le juge administratif a eu encore à connaître des liaisons entre le droit au respect de la vie privée et la liberté religieuse, mais également entre l'article 8 et l'article 2 Conv. EDH protégeant le droit à la vie, dans le célèbre arrêt *Lambert* <sup>(56)</sup>. En évoquant les « *convictions (...) intimement liées à la vie privée* » <sup>(57)</sup>, la première hypothèse a marqué une certaine indissociabilité des deux droits ; la seconde en revanche témoigne d'une séparation plus stricte, le moyen tiré de l'article 2 accédant – logiquement – à une certaine forme de primauté par rapport à l'article 8, examiné isolément et plus sommairement. Reste enfin l'hypothèse d'école relative à la perméabilité entre la dignité humaine et le droit au respect de la vie privée. Ici, l'on serait tenté de dire que, tout en connaissant et en reconnaissant leurs accointances, le juge administratif prend le soin de clairement marquer leur sphère d'action et leur irréductibilité respective, démontrant d'ailleurs en creux, d'une part, sa volonté de tempérer le glissement potentiel vers la reconnaissance de l'autonomie personnelle et, d'autre part, l'instrumentalisation très prudente que fait le juge administratif de la dignité humaine, en matière de police administrative <sup>(58)</sup> comme ailleurs. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 23 février 2012 <sup>(59)</sup>, où le juge avait à connaître de clichés photographiques pris lors de l'accouchement d'un nouveau-né décédé quelques heures après, le juge a admis la recevabilité de l'action de la mère sur le fondement du droit au respect de la vie privée, tout en réservant, dans le sillage de l'article 16 du code civil, le seul bénéfice du droit à la dignité au titre de l'enfant décédé, comme l'entérine d'ailleurs également la jurisprudence judiciaire <sup>(60)</sup> et européenne <sup>(61)</sup>.

Autant dire que, si les frontières « internes » du champ de protection paraissent extrêmement dilatées, l'indétermination des frontières « externes » renforçant encore cette tendance, l'extension, pour convergente qu'elle soit, n'en reste pas moins canalisée par le juge administratif, ceci pouvant être vérifié au moins sur deux aspects.

### **B- Une extension canalisée**

L'extension est en effet doublement tempérée par le juge administratif : d'une part, au regard des personnes susceptibles d'invoquer le bénéfice du droit au respect de la vie privée (1°) ; d'autre part, au regard des normes de référence mobilisées, lesquelles, parfois autonomisées par le juge administratif, s'extraient du droit au respect de la vie privée (2°).

1° : S'agissant tout d'abord des titulaires du droit au respect de la vie privée, le juge administratif, toujours dans

une volonté de convergence complémentaire à son souci de tempérance, vient apporter un certain nombre de restrictions. Celles-ci peuvent directement provenir de la structure même de certaines composantes de la vie privée. Ainsi, par exemple du droit à l'image, lequel « *s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit, et n'est pas transmis aux héritiers* »<sup>(62)</sup> comme le retient le juge administratif, et ceci conformément à la jurisprudence dominante de la Cour de cassation<sup>(63)</sup>. Au-delà, le juge administratif a encore eu l'occasion de préciser que le droit à l'image n'appartenait qu'à la personne concernée et, ce faisant, que l'action contentieuse ne pouvait, dès lors, qu'être introduite par ce dernier<sup>(64)</sup>. Était en cause en l'espèce le droit à « l'oubli télévisuel », un détenu ayant demandé à l'administration pénitentiaire de s'opposer à la rediffusion d'un reportage relatant ses crimes passés ; le tribunal de refuser d'y faire droit sur ce fondement, limitant par ailleurs en creux l'éventuelle obligation positive dont l'administration pénitentiaire serait à cet égard débitrice. Peu ou prou, on relèvera que le juge administratif développe la même idée dans le cadre des données personnelles<sup>(65)</sup>, les ayants-droits et héritiers n'ayant pas, sauf exceptions<sup>(66)</sup>, droit à leur communication, cette prérogative n'appartenant qu'à l'intéressé.

Le juge administratif se montre en revanche en retrait quant à la question, très débattue, du droit au respect de la vie privée des personnes morales<sup>(67)</sup>. Si la Cour de cassation retient que les personnes morales n'en disposent pas, contrairement au droit à la protection de leur nom, de leur domicile ou de leurs correspondances<sup>(68)</sup>, le juge administratif n'a, à notre connaissance, jamais explicitement tranché cette question, même si, dans le cadre du contentieux lié à l'application des procédures fiscales ou s'agissant de la protection du domicile<sup>(69)</sup>, il semble implicitement admettre que les personnes morales puissent s'en réclamer. On rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(70)</sup> et la Cour de justice de l'Union européenne<sup>(71)</sup> émettent moins de réserve en la matière, tandis que le Conseil constitutionnel<sup>(72)</sup>, de son côté, a admis la recevabilité d'un tel moyen. Par analogie, l'on peut cependant, sans trop risquer de se perdre en conjectures, émettre quelques hypothèses : le juge administratif admettant la recevabilité du « *référé-liberté pour autrui* »<sup>(73)</sup>, comme s'agissant de celui introduit par une société commerciale en vue d'assurer la protection du droit à la vie de ses salariés<sup>(74)</sup>, il semble imaginable, *mutatis mutandis*, d'envisager la même solution pour le droit au respect de la vie privée. Reste enfin l'interrogation relative à l'éventuelle consécration de la « vie privée » des personnes morales de droit public. En mettant de côté les problématiques théoriques engendrées par une telle reconnaissance potentielle<sup>(75)</sup>, le juge administratif ne semble pas prêt à franchir le pas ; il assurera en revanche, au gré d'éparses dispositions sectorielles<sup>(76)</sup>, la protection de certaines composantes du droit au respect de la vie privée, comme la protection de leur nom ou de leur image<sup>(77)</sup>.

**2°** : Au-delà de la question des restrictions apportées quant au bénéfice du droit au respect de la vie privée, la canalisation de l'extension se vérifie dans l'autonomie progressivement accordée à un certain nombre de composantes associées au droit au respect de la vie privée.

Cet état de fait est particulièrement prégnant dans le cadre du référé-liberté où un certain nombre de ses composantes ont été consacrées comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA. Ainsi, par exemple, là où le droit au logement ne constitue pas une telle liberté fondamentale<sup>(78)</sup>, il a été admis en revanche que l'hébergement d'urgence en était une<sup>(79)</sup> ; *idem* s'agissant du droit à la santé qui, en tant que tel, ne constitue pas une liberté fondamentale<sup>(80)</sup>, contrairement au droit pour le patient de donner son consentement libre et éclairé aux soins médicaux qui lui sont prodigués, comme le retient la décision *Feuillatey*<sup>(81)</sup>. On notera encore que font l'objet d'une protection autonome la liberté du mariage<sup>(82)</sup>, le droit de mener une vie familiale normale<sup>(83)</sup> ou, encore, le droit à la protection de l'environnement, même si le jugement du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne<sup>(84)</sup> qui l'actait semble aujourd'hui bien isolé<sup>(85)</sup>.

Il faut par ailleurs relever le souci, probablement plus manifeste chez le juge administratif que chez le juge européen, de distinguer le droit au respect de la vie privée d'une part, et celui de mener une vie familiale normale d'autre part<sup>(86)</sup>. C'est ce dont témoignent cinq décisions du 8 juin 2016<sup>(87)</sup> relatives à des décrets de déchéance de nationalité, ces dernières retenant que ces actes sont dénués d'effet sur la présence des requérants sur le territoire français et ne nuisent pas, de ce fait, au droit au respect de la vie familiale, là où elles admettent en revanche le caractère opérant du moyen tiré du droit au respect de la vie privée<sup>(88)</sup>. Enfin, et quoiqu'elle soit peut-être en voie de résorption, on relève également une certaine précellence à instrumentaliser le droit au respect de la vie familiale dans le contentieux pénitentiaire ou des étrangers<sup>(89)</sup>, ceci s'expliquant peut-être par le fait que le juge administratif a, avant même la vie privée<sup>(90)</sup>, d'abord consacré en principe général du droit<sup>(91)</sup>, puis en liberté fondamentale au sens du référé-liberté<sup>(92)</sup>, le droit de mener une vie familiale normale.

Reste alors à déterminer si le choix d'autonomiser certaines composantes du droit au respect de la vie privée et/ou d'éluder la protection générale emportent des conséquences en terme de niveau de protection. Pour être franc, l'intérêt de s'affranchir de l'article 8 Conv. EDH n'apparaît pas frappé de l'évidence, puisque la disposition possède au moins l'avantage de comporter des dérogations de portée générale. Dans le cadre du référé-liberté en revanche, l'incidence paraît beaucoup moins hypothétique : en privilégiant parfois des protections parcellaires et spécifiques plutôt que générale, comme le droit à la santé ou le droit au logement, le juge entend vraisemblablement limiter le champ des obligations positives pesant sur les autorités publiques à ces seules hypothèses faisant l'objet d'un encadrement textuel plus précis. Étant entendu par ailleurs que, notamment

s'agissant de l'hébergement d'urgence, seule une obligation de moyens pèsera alors sur l'autorité publique, le juge retenant que l'atteinte sera « manifestement illégale » seulement en cas de « *carence caractérisée* »<sup>(93)</sup>, celle-ci devant être appréciée au regard des moyens dont disposent l'autorité publique mais également des pouvoirs et mesures qu'elle a déjà mis en œuvre<sup>(94)</sup>.

## II- L'amplification mesurée des techniques de protection

Une fois le champ de protection délimité, c'est logiquement qu'il convient de s'attarder sur les techniques de protection mobilisées. Leur amplification, sous un angle qualitatif et quantitatif, nous semble constituer le qualificatif approprié pour retracer leur évolution, qu'il s'agisse d'évoquer les méthodes (**A**) ou l'intensité du contrôle (**B**). Dans les deux hypothèses, l'amplification n'en reste pas moins mesurée, soit parce qu'elle fait l'objet de tempéraments, soit parce que le contrôle apparaît lui-même « sur mesure », en fonction des thématiques auxquelles le juge administratif est confronté.

### A- L'amplification des méthodes de contrôle

Au titre de l'amplification des méthodes de contrôle, bien des éléments pourraient être mis en avant ; on s'attardera ici toutefois simplement sur deux aspects : d'une part l'avènement du contrôle de conventionalité *in concreto* (1°) ; d'autre part, le contrôle des obligations positives auprès du juge administratif (2°).

1° : Par la décision du 31 mai 2016, *Gonzales Gomez*<sup>(95)</sup>, le juge administratif a en effet procédé à un contrôle de conventionalité *in concreto* au regard du droit au respect de la vie privée. Après avoir admis *in abstracto* la compatibilité du dispositif français interdisant l'exportation de gamètes par rapport à l'article 8 Conv. EDH, le Conseil d'État va néanmoins contrôler *in concreto* le dispositif en retenant sa mise à l'écart ponctuelle, eu égard aux circonstances exceptionnelles affectant la situation du requérant<sup>(96)</sup>. Autrement dit, une norme de portée générale et absolue peut être abstraitement conventionnelle mais, en pratique, ne plus l'être au stade de son application concrète. Le Tribunal administratif de Rennes<sup>(97)</sup> s'est, depuis lors, engouffré dans la brèche, en acceptant de mettre ponctuellement à l'écart l'interdiction de l'insémination *post-mortem*<sup>(98)</sup> dans un cas tout aussi tragique<sup>(99)</sup>.

La décision porte tous les stigmates de la jurisprudence de la Cour européenne, laquelle, en effet, ne raisonne *qu' in concreto*, sa logique ne résidant pas dans un contrôle de conventionalité abstrait des dispositions nationales<sup>(100)</sup>. Elle œuvre également dans le sillage de la jurisprudence de la Cour de cassation laquelle s'était déjà emparée d'un tel contrôle, en acceptant de mettre à l'écart, au regard du droit au respect de la vie privée, la règle portant interdiction du mariage entre alliés<sup>(101)</sup>, l'encadrement de l'action en contestation de paternité<sup>(102)</sup> ou certaines prescriptions d'urbanisme<sup>(103)</sup>. Considérable, puisque désormais le brevet de conventionalité abstrait ne dispensera pas de s'interroger concrètement sur la conventionalité de ses applications, l'évolution n'en doit pas moins être remise en perspective. S'il est, à notre sens, un peu hasardeux ici de convoquer la stratégie commode du *continuum* jurisprudentiel<sup>(104)</sup>, le contrôle *in concreto* n'est, en effet, pas totalement inconnu du droit administratif puisque c'est à peu de choses près celui pratiqué en matière de légalité des mesures de police administrative<sup>(105)</sup>. On a encore pu se prévaloir, dans cette veine, de décisions admettant la conventionalité « sous réserve » de certaines lois<sup>(106)</sup>, mais aussi du précédent constitué par la jurisprudence *Bitouzet*<sup>(107)</sup>, admettant l'indemnisation des servitudes d'urbanisme en cas de charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi. Sous un autre angle, cette jurisprudence ne fait que prolonger certaines évolutions perceptibles au stade de la recevabilité du recours en excès de pouvoir, celle-ci étant désormais appréhendée non plus, objectivement, au regard de l'objet même des mesures et de leur absente ou inconsistante portée normative, mais, subjectivement, au regard des effets qu'elles sont susceptibles d'emporter sur la situation des requérants et particulièrement leurs droits aux libertés, comme les actes de droit souple<sup>(108)</sup>.

Largement discutées, ces décisions n'ont pas forcément été bien accueillies, certains déplorant le déclin de la force obligatoire de loi, ou regrettant que « *toute pulsion intensément ressentie* » ait « *vocation à devenir un droit subjectif ayant le pouvoir d'écarter la loi* »<sup>(109)</sup>. Quoiqu'on en pense, il faut cependant tempérer l'évolution dans la mesure où d'abord, ce contrôle de conventionalité *in concreto* n'aura vocation à se déployer qu'en présence de « circonstances exceptionnelles », lesquelles, il est vrai, manquent à ce stade singulièrement d'assises. On notera à cet égard qu'un « droit des circonstances exceptionnelles » quant au contrôle de conventionalité des lois est visiblement en gestation, la même conjoncture étant nécessaire, en référé-liberté, pour que le juge statue sur la conventionalité des lois<sup>(110)</sup>. On tempèrera enfin les craintes potentielles en précisant que le juge administratif reste visiblement encore attaché à une conception objective du droit au respect de la vie privée. À cet égard, le juge administratif a itérativement considéré que la règle de l'anonymat du don de gamètes n'était pas contraire à l'article 8 Conv. EDH<sup>(111)</sup>, venant ici faire primer la vie privée du donneur et le maintien de son secret, au détriment de la vérité biologique et de la composante identitaire subjective mises en avant par les requérants, désireux de connaître leurs origines. Toujours s'agissant de la règle de l'anonymat du don de gamètes, le Conseil d'État a ainsi

enfoncé le clou très récemment, jugeant inopérant le moyen tiré de la violation *in concreto* des stipulations de l'article 8 Conv. EDH <sup>(112)</sup>.

2° : S'agissant des obligations positives enfin, la jurisprudence démontre à l'envi la réception des exigences européennes. Quelques exemples suffiront à s'en convaincre. Sur le volet matériel, le juge administratif prend ainsi le soin d'assurer le respect de l'article D. 402 du Code de procédure pénale, selon lequel « *en vue de faciliter le reclassement familial des détenus à leur libération, il doit être particulièrement veillé au maintien et à l'amélioration de leurs relations avec leurs proches* », censurant dès lors toute méconnaissance de l'obligation positive d'assurer le maintien « *des liens des détenus avec leur environnement extérieur* » <sup>(113)</sup>. On retrouve encore un tel contrôle lorsque les textes <sup>(114)</sup> prévoient explicitement que l'autorité administrative tienne compte de la vie privée et familiale du requérant, comme au sujet des fonctionnaires et/ou des militaires lorsqu'ils font l'objet d'une mesure de mutation <sup>(115)</sup>. Sur un volet procédural, et quoique le juge relaye ici un peu mécaniquement les objectifs poursuivis par le législateur, l'ordonnance du 28 juillet 2016 concernant le maintien de la vidéosurveillance de Salah Abdeslam <sup>(116)</sup> constitue un bon exemple. Au stade de l'examen de la compatibilité objective du dispositif français vis-à-vis de l'article 8 Conv. EDH, le Conseil d'État va relever que cette faculté est soumise à une procédure contradictoire, à un réexamen régulier assorti d'un contrôle médical, ainsi qu'à des limitations relatives à la conservation et à l'usage des données recueillies par ce biais, les dispositions n'étant, dès lors, pas incompatibles avec l'article 8 Conv. EDH.

Pour le reste, c'est essentiellement dans le cadre du contrôle de la carence des autorités de police que cette prise en compte est assurée <sup>(117)</sup>. Il est remarquable de constater que, depuis un arrêt du 20 octobre 2007 <sup>(118)</sup>, un contrôle de proportionnalité quant à cette carence s'est substitué à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation là où, autrefois, une dichotomie de contrôle régnait entre les mesures « positives » de police et les mesures « négatives » de refus d'agir, seules les premières faisant l'objet d'un contrôle maximal. En s'appuyant d'une part sur le droit européen <sup>(119)</sup> et, d'autre part, sur les évolutions internes propres au contentieux de la responsabilité (substituant une faute simple à l'exigence de faute lourde en la matière <sup>(120)</sup>), le commissaire du gouvernement Frédéric Lénica <sup>(121)</sup> a alors été suivi par le Conseil d'État. La jurisprudence la plus récente confirme cette orientation, l'intensité du contrôle des mesures de police administrative – y compris « spéciale » – mobilisée par le juge étant semblable, qu'il s'agisse du contentieux de la légalité ou de la responsabilité <sup>(122)</sup>. Cette dernière réflexion autorise alors à traiter, plus largement, du dernier point relatif à l'amplification de l'intensité du contrôle.

## **B- L'amplification de l'intensité du contrôle**

Pour l'exposer simplement, cette intensification du contrôle exercé, au titre de l'exigence de respect de la vie privée, est à la fois patente (1°), tout en souffrant encore à ce stade d'un certain nombre de limites (2°).

1° : L'intensification est en effet manifeste et peut se réclamer de nombreuses illustrations. Ainsi de l'arrêt *Retterer* du Conseil d'État <sup>(123)</sup> relatif à un refus d'accéder à une demande de changement de nom de famille pour un motif « affectif » ; le juge ici, de censurer très explicitement la Cour administrative d'appel de Paris pour s'être cantonnée à un seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation <sup>(124)</sup> ; hypothèse d'autant plus remarquable que le juge administratif répugne souvent à marquer aussi brutalement et explicitement les ruptures. Certains contentieux démontrent encore une intensification longiligne du contrôle, comme s'agissant de celui, déjà évoqué, relatif aux mutations de fonctionnaires ou militaires. Alors que, durant longtemps, un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation était mis en œuvre par le juge administratif <sup>(125)</sup>, ce dernier a admis pour la première fois dans son arrêt *Bouley* <sup>(126)</sup> le caractère opérant du moyen tiré de la violation de l'article 8 Conv. EDH, avant que, globalement il ne se range à un contrôle de proportionnalité au travers de l'examen des deux plateaux de la balance : le premier, lesté des considérations tirées des nécessités et de l'intérêt du service ; le second, lesté des considérations liées à l'atteinte portée à la vie privée et familiale du fonctionnaire <sup>(127)</sup>. On relèvera d'ailleurs que, faute de tenir compte de l'un ou de l'autre « plateau », le jugement sera alors entaché d'illégalité <sup>(128)</sup>.

Enfin, s'il semble un peu téméraire d'affirmer que, systématiquement, le juge administratif développe en la matière un triple test <sup>(129)</sup>, en contrôlant successivement l'adéquation, la nécessité puis, *stricto sensu*, la proportionnalité de la mesure, de nombreuses décisions s'y réfèrent. Le contentieux des données personnelles est sans aucun doute symptomatique de cette tendance <sup>(130)</sup>, comme en atteste la récente décision du 17 novembre 2017 relative aux données susceptibles d'être recueillies lors de l'examen de diagnostic prénatal <sup>(131)</sup>. Il en va de même dans la décision *Bayer* au sujet du refus de raccordement d'une caravane aux réseaux d'eau et d'électricité où, après avoir caractérisé l'ingérence, le juge administratif d'évoquer le but légitime tenant au respect des prescriptions d'urbanisme, de sécurité et des prescriptions environnementales, puis la nécessité de confronter la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence au regard de ces buts <sup>(132)</sup>. On pourra, pour s'en tenir à un dernier exemple, faire état à nouveau de la décision relative à la vidéosurveillance en prison de Salah Abdeslam <sup>(133)</sup>. Dans celle-ci, le juge de se conformer à un contrôle à double détente : d'abord en menant un contrôle objectif et abstrait d'adéquation quant à la compatibilité des normes applicables à la vidéosurveillance du requérant par rapport à l'article 8 Conv. EDH ; ensuite un contrôle subjectif de l'atteinte portée au détenu quant au respect de sa vie privée

où, successivement, le juge des référés s'est alors penché sur la nécessité puis la proportionnalité du dispositif. S'il y a tout lieu de se satisfaire d'un tel contrôle, il ne sera pas difficile, toutefois, d'en pointer l'instrumentalisation ambiguë dans le cadre du référé-liberté, étant entendu l'office temporel en principe limité du juge des référés <sup>(134)</sup>. La méthode prête alors le flanc à la critique, moins pour ses propres mérites que par comparaison avec d'autres hypothèses <sup>(135)</sup>, surtout lorsque le juge de l'excès de pouvoir fait preuve, de son côté, de bien davantage de laconisme.

2° : Dès lors, s'il ne s'agit pas de gâcher la toile dépeinte en laissant croire que le juge administratif se distancierait des canons strasbourgeois, c'est toutefois sur une note un peu plus dissonante que l'on se permettra d'achever cet exposé.

Dans certaines hypothèses d'abord, la jurisprudence semble, pour le dire franchement, aux antipodes du triple test et du contrôle de proportionnalité. Tel est le cas nous semble-t-il en matière fiscale <sup>(136)</sup>, où même le caractère opérant du moyen tiré du droit au respect de la vie privée semble affirmé à demi-mot. Il est ainsi de jurisprudence constante que « *l'administration peut communiquer, sans porter atteinte au secret professionnel ou à l'un des secrets légalement protégés, les informations visées par les règles de publicité de l'impôt* » <sup>(137)</sup>. De même, le juge d'estimer que l'article 9 du code civil, autant que l'article 8 Conv. EDH, sont des « *dispositions d'ordre générale qui n'ont (...) ni pour objet, ni pour effet d'interdire les investigations que prévoient les dispositions particulières de la loi fiscale* » <sup>(138)</sup>. Certes, l'influence de la jurisprudence européenne en matière fiscale est résiduelle, comme en atteste l'opposabilité restreinte de l'article 6 § 1 actée par l'arrêt *Ferrazzini* <sup>(139)</sup>. Il n'en reste pas moins, d'une part, que la Commission d'accès aux documents administratifs range les informations patrimoniales, les revenus ou les impôts acquittés dans le giron de la vie privée <sup>(140)</sup>. D'autre part, quand bien même le moyen ne prospère guère souvent sur le fond, la Cour européenne accordant une marge d'appréciation nationale considérable en matière fiscale, elle n'en opère pas moins là aussi un contrôle de nécessité et de proportionnalité comme l'illustre par exemple l'affaire *Maschino c/ France* <sup>(141)</sup>.

Dans d'autres hypothèses ensuite, l'intensification du contrôle n'est pas exempte de faux-semblants. Si, comme l'énonçait alors Xavier Domino dans ses conclusions sur les arrêts du 8 juin 2016 relatifs à des décrets de déchéance de nationalité, il est vrai que le Conseil d'État « *semble (...) progressivement en train de sortir de l'idée (...) selon laquelle plus un pouvoir est, d'une manière ou d'une autre exceptionnel, moins le contrôle juridictionnel devrait être serré* » <sup>(142)</sup>, les décisions n'en manifestent pas moins une prise en compte très sommaire de certaines données de l'équation quant à la vie privée « identité » des personnes faisant l'objet de ces déchéances de nationalité, celles-ci étant évacuées en un mot. Le juge de raisonner alors de manière un peu circulaire, semblant reprendre à son compte l'argumentation proposée par son rapporteur public, lequel estimait que, en participant à des attentats, les requérants avaient résolument choisi de se placer en marge des valeurs françaises, la perte de leur nationalité n'emportant dès lors aucune atteinte excessive à leur vie privée. En tout état de cause, force est de constater que si le caractère exceptionnel ou non d'une mesure n'influence plus guère le degré d'intensité du contrôle, il serait assez aisé de réactiver l'idée classique selon laquelle l'intensité du contrôle juridictionnel variera en fonction du pouvoir plus ou moins discrétionnaire accordé aux autorités administratives <sup>(143)</sup>.

Pour finir, l'invocabilité du moyen tiré de la violation des stipulations de l'article 8 Conv. EDH prend parfois un aspect rhétorique, comme peut l'illustrer l'arrêt *Bouley* où le commissaire du gouvernement Denis Piveteau concédait qu'il avait certes du mal à « *affirmer froidement l'inopérance de l'article 8* » <sup>(144)</sup> quant à la contestation des mesures de mutation des militaires ; il n'en avouait pas moins avoir autant de mal à percevoir les difficultés à affronter sur le fond un tel moyen, en relevant que « *les conditions de service et de discipline propres à l'exercice de la fonction militaire permettront toujours, sauf cas véridiquement aberrant, d'écarter toute atteinte injustifiée à la vie privée et familiale* » <sup>(145)</sup>. Autrement dit, s'agissant des militaires et compte tenu de leurs obligations statutaires, l'invocabilité de l'article 8 Conv. EDH apparaît un brin cosmétique et platonique, l'intérêt et les nécessités du service étant systématiquement présumés l'emporter. Il faut d'ailleurs souligner dans ce cadre que la lame de fond tenant à la restriction du nombre des mesures d'ordre intérieur n'a pas encore atteint tous les rivages : si les mesures de mutation n'en sont plus, il n'en va pas systématiquement ainsi des mesures de réaffectation touchant les fonctionnaires <sup>(146)</sup>. On relèvera enfin parfois quelques raisonnements élusifs, comme au sujet du moyen tiré de l'atteinte à la vie privée concernant le port de bracelets électroniques. À ce sujet, le juge administratif a écarté rapidement l'objection en estimant que cette mesure conciliait à la fois l'objectif de prévention de la récidive porté par le législateur et le droit au respect de la vie privée « *dans des conditions plus satisfaisantes que ne l'autorise l'incarcération* » <sup>(147)</sup>. Or, certes, le port du bracelet électronique constitue indéniablement une mesure plus douce que l'incarcération ; certes encore, cette mesure est-elle intrinsèquement conciliatrice d'intérêts divergents ; mais, ces deux premiers éléments ne devraient aucunement dispenser le juge administratif de vérifier dans un dernier temps la nécessité et la proportionnalité du dispositif, celui-ci semblant inférer automatiquement de son caractère plus doux sa nécessaire conventionalité.

Avec une pointe d'ironie, on pourra toutefois se réfugier derrière l'idée selon laquelle *imperatoria brevitatis* et la « *concision structurée* » <sup>(148)</sup> du juge administratif explique le défaut, parfois constaté, de mise en œuvre du contrôle

de proportionnalité et/ou du triple test, les éléments leur étant attachés étant soit masqués, soit sommairement retracés. Il faut admettre que, dans certaines hypothèses, une motivation plus substantielle se heurterait au secret professionnel, médical ou « défense », comme il en va des éléments contenus dans les « notes blanches » sur lequel le juge s'appuie dans le cadre des mesures adoptées sous l'empire de l'état d'urgence, sans en révéler le contenu <sup>(149)</sup> ; il n'existe ici probablement pas d'autre choix que de croire le juge sur parole. Peut-être alors, sait-on jamais, que le juge administratif entende (après avoir succombé à l'anonymisation des décisions de justice <sup>(150)</sup>) précisément protéger la vie privée des requérants en ne divulguant pas tous les tenants et aboutissants factuels sur lesquels il s'est fondé... le conflit entre motivation juridictionnelle et droit au respect de la vie privée ouvrant un nouveau chapitre des paradoxes que peut susciter la protection d'un tel droit fondamental.

---

<sup>(1)</sup> CE avis, 13 juin 2013, *M. M.*, n° 362981 ; *RFDA*, 2013, p. 1351, concl. E Crépey.

<sup>(2)</sup> Art. L. 1211-5 Code de la santé publique : « *Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique* ».

<sup>(3)</sup> « *Mais compte tenu de cette incertitude, il serait à nos yeux déraisonnable, s'agissant en outre d'une matière dont vous n'êtes pas les juges naturels, d'imposer au législateur, par l'affirmation immédiate et inédite d'une inconventionnalité des dispositions en cause, une réforme dont par ailleurs vous n'êtes pas en situation de déterminer par vous-mêmes la portée précise* » (concl. préc.).

<sup>(4)</sup> S. D. WARREN et L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4 (1890), p. 193.

<sup>(5)</sup> Sur ce thème, voir la thèse pionnière d'André ROUX, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Economica, 1983.

<sup>(6)</sup> V. notamment F. BERNARD, *Le Conseil d'État et les changements de nom*, *EDCE*, 1977-1978, p. 67 ; É. AKOUN, *Le contentieux administratif des noms privés*, in Ph. Yolka (dir.), *Le nom. Administrations, droit et contentieux administratifs*, Institut Universitaire Varenne, Colloques & essais, 2015, p. 151.

<sup>(7)</sup> V. Ch. ROUX, *Le contentieux administratif des titres nobiliaires*, in *Le nom. Administrations, droit et contentieux administratifs*, préc., p. 195.

<sup>(8)</sup> Pour une synthèse, v. M.-Th. MEULERS-KLEIN, *L'irrésistible ascension de la « vie privée » au sein des droits de l'homme*, in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Nemesis, Droit et justice, n° 63, 2005, p. 305.

<sup>(9)</sup> Pour une synthèse, v. *Le juge administratif et l'Administration pénitentiaire*, dossier thématique du Conseil d'État, 15 avr. 2017 (consultable sur [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)).

<sup>(10)</sup> Pour une synthèse récente, v. M. GUYOMAR, *Le Conseil d'État précise les conditions d'invocabilité de l'article 8 de la Convention européenne à l'encontre des décisions prises en matière de police des étrangers*, *Gaz. Pal.*, 16 mai 2017, n° 19, p. 35. V. également C. VAN MUYLDER, *Le droit au respect de la vie privée des étrangers*, *RFDA*, 2001, p. 797.

<sup>(11)</sup> CC, 18 janv. 1995, n° 98-342 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*; *RDP*, 1995, p. 575, étude F. Luchaire ; *RFDC*, 1995, p. 362 et *RFDA*, 1995, p. 1246, note L. Favoreu ; *RTD civ.*, 1995, p. 448, note Ch. Jamin.

<sup>(12)</sup> CC, 23 juill. 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-416 DC ; *D.*, 2000, p. 265, note L. Milano ; *ibid.*, p. 423, note M. Fatin-Rouge Stefanini ; *RFDC*, 2000, p. 809, note L. Gay ; *RTD civ.*, 1999, p. 724, note N. de Molfessis ; *AJDA*, 1999, p. 700, chron. J.-É. Schoettl.

<sup>(13)</sup> CE, 27 avr. 2011, *Ville de Nantes*, n° 314577 ; *D.*, 2011, p. 1945, note G. Lécuyer ; *LPA*, 8 juill. 2011, n° 135, p. 11, note L. Bartmann ; *RDLF*, 2013, chron. 16, étude Ch. Paillard ; *Dr. adm.*, juill. 2011, p. 28, note H. Belrhali-Bernard ; *RLDI*, 2011, n° 16, p. 21, note M. Le Roy.

<sup>(14)</sup> Nous renvoyons, sur ce point, à la communication du conseiller d'État Régis Fraisse.

- (15) CE Ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Leb.* 495 ; *AJDA*, 2008, p. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *D.*, 2008, p. 820, note M. Herzog-Evans ; *RFDA*, 2008, p. 87, concl. M. Guyomar ; *RSC*, 2008, p. 404, chron. P. Poncela ; *RDP*, 2009, p. 217, étude C. Groulier.
- (16) Pour une synthèse du droit positif, v. C. CHAUVET, Que reste-t-il de la théorie des mesures d'ordre intérieur ?, *AJDA*, 2015, p. 793.
- (17) CE sect., 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux*, *Rec.* 129, concl. M. Guyomar ; *RFDA*, 2008, p. 575, concl., p. 6908, note A. Roblot-Troizier, p. 711, note H. Labayle et R. Mehdi ; *AJDA*, 2008, p. 1085, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *JCP G*, 2008, II, 10125, note R. Tinière ; *RTD civ.*, 2008, p. 444, note P. Deumier ; *RJEP*, juill. 2008, p. 19 et *RGDIP*, 2008, p. 695, note L. Azoulai.
- (18) CE, 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827 ; *AJDA*, 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Dr. adm.*, janv. 2012, p. 29, note V. Tchen.
- (19) CE ord., 25 oct. 2007, *Mme. Y.*, n° 310125 ; *RFDA*, 2008, p. 328, note O. Le Bot ; *CJFI*, 2008, p. 342, note É. Carlier.
- (20) CE, 31 mai 2016, *Gonzales Gomez*, n° 396848 ; *RFDA*, 2016, p. 740, concl. A. Bretonneau, note P. Delvolvé ; *AJDA*, 2016, p. 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *D.*, 2016, p. 1472, note H. Fulchiron ; *JCP A*, 2017, n° 2001, note Ch. Paillard.
- (21) V., sans exhaustivité, P. KAYSER, Le Conseil constitutionnel, protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 329 ; X. BIOY, Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison, *RIDC*, 2003, p. 123 ; Constitution et secret de la vie privée, *AJJC*, XVI, 2000, p. 398 ; L. BURGORGUE-LARSEN, L'appréhension constitutionnelle de la vie privée. Analyse comparative des systèmes allemand, français et espagnol, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 69 ; V. CHIU, Le secret des origines en droit constitutionnel des États de l'Europe occidentale : vers l'émergence d'un droit de connaître ses origines ?, *RIDC*, 2014, p. 53 ; D. RIBES, Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 48, p. 35.
- (22) V. sur ce point, P. JAN, Du dialogue à la concurrence des juges, *RDP*, 2017, p. 341 ; R. de GOUTTES, Le dialogue des juges, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors-Série, p. 25 ; F. SUDRE, À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité, in *Mélanges Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 207
- (23) CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; *GACEDH*, n° 47, note A. Gouttenoire et J.-P. Marguénaud ; *AJDA*, 2003, p. 1083, note B. Le Baut-Ferrarèse ; *D.*, 2002, p. 1596 ; *RTD civ.*, 2002, p. 482, note J. Hauser ; p. 858, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2002, I, 157, note F. Sudre.
- (24) O. DE SCHUTTER, La vie privée, entre droit de la personnalité et liberté, *RTDH*, 1999, p. 827, relayé par J. SACE, Le droit au respect de la vie privée est-il un droit des vivants ?, in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 873.
- (25) F. SUDRE, Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme* préc., p. 11.
- (26) Sur cette matrice de distinction, *ibid.*
- (27) F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2016, p. 687 et s.
- (28) CE, 31 janv. 2014, *M. Retterer*, n° 362444 ; *RFDA*, 2014, p. 387, concl. X. Domino ; *AJDA*, 2014, p. 444, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; en droit européen, v. CEDH, 22 févr. 1994, *Burghartz c/ Suisse*, n° 16213/90, série A, 280 B ; *RTDH*, 1995, p. 53, note P. Georgin ; *AJDA*, 1994, p. 511, chron. J.-F. Flauss ; *D.*, 1995, p. 5, note J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 1994, p. 563, note J. Hauser ; CEDH, 5 déc. 2013, *Kismoun c/ France*, n° 32265/10 ; *AJDA*, 2014, p. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *RTD civ.*, 2014, p. 332, note J. Hauser.
- (29) CE, 12 déc. 2014, *Association juristes pour l'enfance*, n° 367324 ; *AJDA*, 2015, p. 357, note J. Lepoutre ; *D.*, 2015, p. 357, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *RFDA*, 2015, p. 163, concl. X. Domino ; *RTD civ.*, 2015, p. 114, note J. Hauser.
- (30) CE, 27 avr. 2011, *Commune de Nantes*, préc. ; en droit européen, v. CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne* ; *GACEDH*, n° 42, note A. Gouttenoire et J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 161, n° 8, chron. F. Sudre ; *RTD civ.*, 2004, p. 802, note J.-P. Marguénaud.
- (31) V. par exemple CAA Versailles, 5 juin 2012, *M. Olivier A.*, n° 10VE02277, inédit ; CAA Nantes, 24 avr. 2014,

M. A. B., n° 13NT01434, inédit ; en droit européen, CEDH (Gr. Ch.), 4 déc. 2015, *Zakharov c/ Russie*, n° 47143/06 ; *GACEDH*, n° 40, note D. Szymczak ; *AJDA*, 2016, p. 152, chron. L. Burorgue-Larsen ; *JCP G*, 2015, doctr. 65, note F. Sudre ; *RTDH*, 2016, p. 855, note F. Dubuisson.

(32) V. CAA Bordeaux, 6 nov. 2012, *M. Claude X.*, n° 11BX01790 ; *AJDA*, 2013, p. 15, concl. D. Katz ; *RTD civ.*, 2013, p. 91, note J. Hauser ; *JDSAM*, 2013, n° 1, p. 33, note O. Saumon ; *JCP A*, 2013, n° 2206, note É. Péchillon. V. sur ce sujet F. VIALLA, Privé de vie privée : « Vol retour » au-dessus d'un nid de coucou ?, *RDS*, 2013, n° 52, chron. 141.

(33) CE, 28 juill. 2000, *Préfet de Police c/ Diaz Orozco*, n° 212729, *Leb. T.* 1000 et 1044 ; en droit européen, v. CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n° 7525/76 ; *CDE*, 1982, p. 221, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI*, 1982, p. 504, note R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 43, note A. Gouttenoire. V. notamment J.-M. LARRALDE, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle, *RTDH*, 2006, p. 35.

(34) CE, 15 déc. 2000, *Nerzic*, n° 212068 ; *RFDA*, 2001, p. 725, concl. C. Bergeal, note J. Gourdou et S. Perdu ; en droit européen, CEDH (Gr. Ch.), 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; *GACEDH*, n° 46, note A. Gouttenoire ; *AJDA*, 2002, p. 1207, chron. J.-F. Flauss ; *RTD civ.*, 2002, p. 862, note J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2003, p. 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *D.*, 2003, p. 2032, note A.-S. Chavent-Leclère.

(35) V. par exemple, s'agissant des données médicales, CAA Marseille, 29 mars 2004, n° 00MA01467, *Commune de Montpellier* ; *JCP A*, 2004, n° 1489, note G. Chabrier ; TA Nice 1<sup>re</sup> ch., 9 mars 2007, *M. Drogoul*, n° 45 ; *AJDA*, 2007, p. 1089, concl. F. Dieu ; en droit européen, CEDH, 26 mars 1987, *Leander c/ Suède*, n° 9248/81, série A, n° 116. Sur la question, E. JAKHIAN, La Cour européenne des droits de l'Homme et le secret médical, ou l'impossible équilibre, in *Mélanges Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 465.

(36) CE, 6 janv. 2006, *Rémy Martinot et autres*, n° 260307 ; *AJDA*, 2006, p. 757, note L. Burgorgue-Larsen ; en droit européen, CEDH, 17 janv. 2006, *Elli Poluhas Dödsbo c/ Suède*, n° 61564/00. V. sur ce thème, A. DEBET, Le cadavre et le droit au respect de la vie familiale, *Cahiers du Credho*, 2002, n° 8, p. 153.

(37) V. par exemple, CE, 17 mars 2017, *M. F. E.*, n° 408899 ; en droit européen, CEDH, 27 juill. 2004, *Sidabras et Dziutas c/ Lituanie*, n° 55480/00 ; *RTDH*, 2005, p. 363, note S. Garcia-Jourdan.

(38) V. en droit européen, F. SUDRE, Le droit à la protection de la santé, droit « caché » de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Mélanges Dominique Turpin*, P.U. Clermont-Ferrand / LGDJ /Lextenso, 2017, p. 645

(39) CE, 31 mars 2017, *M. B. A.*, n° 409026, inédit.

(40) CE, 1<sup>er</sup> avr. 2016, *M. B. A.*, n° 398181, inédit.

(41) CE, 15 déc. 2010, *Bayer*, n° 323250 ; *AJDA*, 2010, p. 2456 ; *D.*, 2011, p. 162, note A. Vincent ; *RDI*, 2011, p. 183, note P. Soler-Couteaux ; en droit européen, v. CEDH, 18 nov. 2004, *Prokopovitch c/ Russie*, n° 58255/00 ; *JCP G*, 2007, I, 106, n° 16, note F. Sudre et CEDH (Gr. Ch.), 18 janv. 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, n° 272238/95 ; *GACEDH*, n° 48, note H. Surrel ; *RTDH*, 2001, p. 887, note F. Sudre ; *RTD civ.*, 2001, p. 448, note J.-P. Marguénaud.

(42) V. par exemple CAA Douai, 12 mars 2013, n° 12DA01408, inédit ; CE, 31 mars 2017, n° 409026, inédit., évoquant, au sujet du transfert d'une personne handicapée dans un autre établissement, la méconnaissance du droit au respect de la vie privée au regard du « *changement brutal du mode de vie* ». En droit européen, v. CEDH, 12 juill. 2005, *Moldovan c/ Roumanie*, n° 41138/98 ; *JCP G*, 2006, I, 109, n° 2, chron. F. Sudre.

(43) CE, 26 oct. 2007, *Advocnar*, n° 297301 ; *AJDA*, 2008, p. 95, concl. F. Lénica ; en droit européen, CEDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne* ; *GACEDH*, n° 3, note F. Sudre ; *JDI*, 1995, p. 798, note P. Tavernier ; *RUDH*, 1995, p. 112, chron. F. Sudre ; *RTD civ.*, 1996, p. 507, note J.-P. Marguénaud.

(44) J.-P. MARGUÉNAUD, De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 217.

(45) V. P. WACHSMANN, Le droit au secret de la vie privée, *ibid.*, p. 119.

(46) J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 92.

(47) CEDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c/ Allemagne* ; *GACEDH*, n° 44, note F. Marchadier ; *RTDH*, 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux ; *AJDA*, 1993, p. 105, chron. J.-F. Flauss ; *D.*, 1993, p. 366, note J.-F. Renucci ; *RFDA*, 1993, p. 963, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, F. Sudre.

- (48) Sur le sujet, v. F. GRANET-LAMBRECHTS, Le droit à l'identité, *in Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 193 ; D. GUTMAN, *Le sentiment d'identité*, LGDJ, 2000 ; J. POUSSON-PETIT, *L'identité de la personne humaine : étude de droit français et de droit comparé* Bruylant 2002.
- (49) V. CE ord., 25 oct. 2007, *Mme. Y.*, n° 310125, préc. Sur la question, v. H. GAUMONT-PRAT, Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques, *Dr. fam.*, 2001, chron. 2.
- (50) CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02, préc. ; CEDH, 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni* ; *D.*, 2007, p. 1202, note C. Delaporte-Carré ; *RDSS*, 2007, p. 810, note D. Roman ; *RTD civ.*, 2007, p. 295, note J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p. 545, note J. Hauser.
- (51) CE, 6 janv. 2006, *Rémy Martinot et autres*, n° 260307, préc.
- (52) V. A. BRETONNEAU, concl. sur CE, 31 mai 2016, *Gonzales Gomez*, n° 396848 ; *RFDA*, 2016, p. 740.
- (53) F. SUDRE, Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée, préc. ; du même auteur, Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in Mélanges Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 687.
- (54) V. par exemple, s'agissant des conditions de vie des détenus, CAA Douai, 12 mars 2013, n° 12DA01408, inédit ; CAA, Douai, 13 mars 2013, *M. B. C.*, n° 12DA01472, inédit ; s'agissant des mesures d'assignation à résidence, v. CE, 1<sup>er</sup> avr. 2016, *M. B. A.*, n° 398181, inédit.
- (55) CEDH, 26 sept. 2006, *Wainwright c/ Royaume-Uni*, n° 12350/04 ; *JCP G*, 2007, I, 106, n° 11, note F. Sudre.
- (56) CE Ass., 24 juin 2014, n° 375081, 375090 et 375091, *Leb.* 31 ; *AJDA*, 2014, p. 1669, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* p. 1484, note D. Truchet ; *RFDA*, 2014, p. 657, concl. R. Keller et p. 702, note P. Delvolvé *ḍ.*, 2014, p. 1856, note D. Vigneau ; *ibid.*, p. 2021, note A. Laude ; *ibid.*, 2015, note J.-Ch. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.*, 2014, p. 396, note A. Dionisy-Peyrusse ; *RDSS*, 2014, p. 1101, note D. Thouvenin.
- (57) CE, 6 janv. 2006, *Rémy Martinot et autres*, n° 260307, préc.
- (58) V. O. BONNEFOY, Dignité de la personne humaine et police administrative, *AJDA*, 2016, p. 418 ; Th. LELEU, La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative, *RFDA*, 2015, p. 883 ; Ph. COSSALTER, La dignité humaine, l'ultime recours, *RGD*, nov. 2014 ; M. CANEDO-PARIS, La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé, *RFDA*, 2008, p. 979.
- (59) CAA Nantes, 23 févr. 2012, *Mme A. c/ CHRU de Tours*, n° 10NT01752 ; *AJDA*, 2012, p. 1512, note S. Degommier.
- (60) V. Cass. crim., 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-15.479 ; *RJPF*, 2010, n° 11, p. 15, note E. Putman ; *Gaz. Pal.*, 29 sept. 2010, n° 272, p. 20, note C. Michalski ; *JCP G*, 2010, p. 1778, note G. Loiseau ; *RTD civ.*, 2010, p. 527, note J. Hauser.
- (61) V. CEDH, 15 mai 2006, *Succession de Kresten Mortensen c/ Danemark*, n° 1338/03 ; CEDH 2006-V.
- (62) CE, 27 avr. 2011, *Commune de Nantes*, n° 314577, préc.
- (63) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 1999, n° 97-15.756 ; *D.*, 2000, p. 266, note C. Caron et p. 372, note B. Beigner ; *RTD civ.*, 2000, p. 291, note J. Hauser ; Civ., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2004, n° 03-13.260 ; *D.*, 2005, p. 2643, note A. Lepage ; *RTD civ.*, 2004, p. 714, note J. Hauser ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 févr. 2005, n° 03-18.302 ; *RTD civ.*, 2005, p. 363, note J. Hauser ; Crim., 14 déc. 2010, n° 10-82.862, *Bull. crim.* 2011, n° 122. La Cour de cassation, cependant ouvre le droit à une réparation sur ce fondement aux « proches » d'une personne décédée, dès lors qu'ils en éprouvent un « préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort » (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2009, n° 08-10.557 ; *RTD civ.*, 2010, p. 79, note J. Hauser. Voir également Civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 2015, n° 14-11458).
- (64) TA Melun, 18 nov. 2014, *M. B.*, n° 1300980 ; *Gaz Pal.*, 12 févr. 2015, n° 43, p. 7, concl. L. Guinamant.
- (65) CE, 8 juin 2016, *Mme et MM. D.*, n° 386525 ; *RLDI*, 2016, n° 128, p. 33, note L. Costes ; *JCP G*, 2016, p. 1030, act. M. Touzeil-Divina ; *RGD*, juin 2016, note Ph. Cossalter.
- (66) Les tiers, s'ils possèdent un « intérêt direct » à cette communication peuvent dès lors se voir communiquer les données : CE, 29 juin 2011, *Ministre du Budget*, n° 339147 ; *JCP E*, 2012, n° 31-34, p. 47, chron. M. Vivant, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol.

(67) Sur cette question v. notamment R. PIERRE, *Les droits fondamentaux des personnes morales*, Limoges, 2010 ; L. DUMOULIN, Les droits de la personnalité, des personnes morales, *Rev. soc.*, 2006, p. 1 ; P. STOFFEL-MUNCK, Le préjudice moral des personnes morales, in *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 959 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, Les droits fondamentaux des personnes morales, *RDLF*, 2011, chron. 15 et 17 ; K. GARCIA, Les droits fondamentaux des personnes morales, in F. Collart-Dutilleul et F. Riem (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Institut Varenne, 2013, p. 77.

(68) Civ., 1<sup>re</sup>, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *Rev. soc.*, 2016, p. 594, note L ; Dumoulin ; *LPA*, 4 août 2016, n° 155, p. 16, note A. Taïbi ; *ibid.*, 28 juill. 2016, n° 150, p. 17, note S. Lacroix-De Souza ; *RJPF*, 2016, n° 6, p. 15, note E. Putman ; *D.*, 2016, p. 116, note G. Loiseau ; *RTD civ.*, 2016, p. 321, note J. Hauser ; v. X. DUPRÉ DE BOULOIS, La personne morale et le référé, *RDLF*, 2016, chron. 16.

(69) CE Sect., 6 nov. 2009, *Société Inter-Confort*, n° 304300 ; *RJEP*, avr. 2010, p. 17, note J. Burguburu ; *JCP A*, 2010, n° 9, p. 31, note J.-G. Sorbara ; *AJDA*, 2010, p. 138, note S.-J. Liéber et D. Botteghi.

(70) La Cour leur reconnaît en effet la protection du domicile (CEDH, 16 avr. 2002, *Sté Colas-Est c/ France*, Rec. 2002-III), de leur correspondance (CEDH, 17 déc. 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/ Autriche*, n° 74336/01), ainsi que la protection de leur réputation (CEDH, 19 juill. 2011, *Uj c/ Hongrie*, n° 23954/10 ; *Légipresse*, 2012, n° 290, p. 36, note F. Lyn). Cependant, dans cette décision, tout en admettant que les personnes morales bénéficient d'un droit à la réputation, elle estime que la dimension « morale » du droit au respect de la vie privée fait défaut les concernant. Elle prend, ce faisant, le soin de d'écarter le bénéfice de l'article 8 Conv. EDH, la protection de la réputation étant alors orpheline de fondements.

(71) V. CJCE, 22 oct. 2002, *Roquette Frères SA*, C-94/00 ; *JCP E*, 2003, n° 31, p. 1282, note G. Parléani ; *JDI*, 2003, p. 554, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *Europe*, déc. 2012, p. 6, note F ; Kauff-Gazin ; TPIUE ord., 11 mars 2013, *Pilkington Group Ltd*, T-462/12, § 44 ; *Concurrences*, 2015, n° 4, p. 179, note P. Cardonnel.

(72) CC, 21 janv. 2016, *Loi relative à la modernisation de notre système de santé* n° 2015-727 DC ; *Gaz. Pal.*, 28 juin 2016, n° 24, p. 31, note L. Milano ; v. également, sur cette décision V. GOESEL-LE BIHAN, Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel : entre objectivation, rationalisation et européanisation, *RFDA*, 2016, p. 1251.

(73) X. DUPRÉ DE BOULOIS, Le référé-liberté pour autrui, *AJDA*, 2013, p. 213 ; Le référé-liberté pour autrui. Une société commerciale au secours du droit à la vie, *RDLF*, 2013, chron. 12.

(74) V. notamment CE sect., 16 nov. 2011, *Ville de Paris*, n° 353172 ; *RDLF*, 2013, chron. 12, note X. Dupré de Boulois ; *RFDA*, 2012, p. 269 et *BJCL*, 2012, p. 60, concl. D. Botteghi.

(75) Sur cette question, J. TRAVARD, La reconnaissance de libertés fondamentales aux personnes publiques, vecteur de rapprochement avec les personnes privées ?, *Dr. fam.*, 2013, dossier 45 ; O. MAETZ, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Fondation Varenne, 2011 ; P. WACHSMANN, Personnes publiques et droits fondamentaux, in *La personnalité publique*, Litec, 2007, p. 145 ; du même auteur, Droits fondamentaux et personnes morales, in J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, 2010, p. 225 ; Ph. YOLKA, La carpe et le lapin : Retour sur les droits fondamentaux des personnes publiques, *AJDA*, 2010, p. 559 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, Personnes publiques, droits fondamentaux et convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2004, p. 545.

(76) V. les articles L. 712-2-1 et L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle, ouvrant aux collectivités publiques et leurs établissements un droit d'opposition à l'enregistrement d'une marque sur le fondement d'un nom de collectivité territoriale.

(77) V. C. MALWÉ, Noms publics et droit des marques, in *Le nom. Administrations, droit et contentieux administratifs*, préc., p. 45 ; C. MANARA, Nom des personnes publiques et droit de l'internet, in *Le nom. Administrations, droit et contentieux administratifs*, préc., p. 71 ; M. HOUSER, Les droits incorporels des collectivités territoriales, *RDP*, 2014, p. 945 ; A. DILLOARD, L'émergence des marques publiques dans le patrimoine immatériel des personnes publiques, *RDP*, 2014, p. 39 ; C. MATEU, Valorisation des droits de propriété intellectuelle des collectivités territoriales : actualité jurisprudentielle, *RLCT*, 2014, n° 105, p. 39 ; E. HOFFMAN, L. BOUCHARD et J. CAPIAUX, Protection du nom de la collectivité territoriale : enjeux publics et privés, *Gaz. Pal.*, 10 déc. 2011, p. 11.

(78) CE ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, n° 245697 ; *AJDA*, 2002, p. 818, note E. Deschamps ; *LPA*, 26 sept. 2002, n° 193, p. 15, note P. Jan.

(79) CE ord., 10 févr. 2012, *Fofana*, n° 356456 ; *AJDI*, 2012, p. 411, note R. Piastra ; *AJDA*, 2012, p. 716, note A.

Duranthon ; *JCP A*, 2012, n° 7, p. 37, note O. Le Bot.

<sup>(80)</sup> CE, ord., 8 sept. 2005, *Garde des Sceaux c/ Bunel*, n° 284803 ; *D.*, 2006, p. 124, note X. Bioy ; *AJDA*, 2006, p. 376, note M. Laudijois ; *LPA*, 16 nov. 2005, n° 228, p. 6, note C. Clément.

<sup>(81)</sup> CE, 16 août 2002, *Feuillatey*, n° 249552 ; *LPA*, 26 mars 2003, n° 61, p. 4, note C. Clément ; *Dr. adm.*, nov. 2002, p. 29, note E. Aubin.

<sup>(82)</sup> CE ord., 9 juill. 2014, *M. A.*, n° 382145 ; *JCP A*, 2015, n° 6, p. 24, note O. Le Bot ; *AJDA*, 2014, p. 2141, note E. Aubin ; *RTD civ.*, 2014, p. 861, note J. Hauser.

<sup>(83)</sup> CE, 30 oct. 2001, *Tliba*, n° 238211 ; *AJDA*, 2011, p. 1054, note M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA*, 2002, p. 324, concl. I. De Silva ; *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2005, p. 21, chron. J.-L. Pissaloux et D. Linotte.

<sup>(84)</sup> TA Châlons-en-Champagne, 29 avr. 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel Champagne-Ardenne*, n° 0500828, 05008829 et 0500830 ; *AJDA*, 2005, p. 1357, note H. Groud et S. Pugeaut ; *Environnement*, juin 2005, p. 3, note Ch. Huglo.

<sup>(85)</sup> En droit européen, sur le sujet, v. récemment F. SUDRE, La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution, *RFDA*, 2017, p. 1039.

<sup>(86)</sup> Sur cet aspect, en droit européen, v. P. DOLLAT, Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen, *RFDA*, 2009, p. 689 ; J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007 ; F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, 2002 ; C. VAN MUYLDER, Le droit au respect de la vie privée des étrangers, *RFDA*, 2001, p. 797.

<sup>(87)</sup> CE, 8 juin 2016, *M. A. et autres*, n° 394348, 394350, 394352, 394354, 394356 ; *RFDA*, 2016, p. 1188, note J. Lepoutre ; *AJDA*, 2016, p. 1758, concl. X. Domino ; *Dr. adm.*, déc. 2012, p. 36, note G. Eveillard.

<sup>(88)</sup> On notera toutefois CE ass. gén., 11 déc. 2015, n° 390866, avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, § 6 ; *Constitutions*, 2016, p. 243, chron. A.-M. Le Pourhiet.

<sup>(89)</sup> En ce sens, v. Ch. GESLOT, Sexe et sexualité, l'influence des droits européens sur le droit public interne *in* *Sexe, sexualité et droits européens*, Pédone, 2007, p. 115 ; H. LABAYLE, Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes, *RFDA*, 1993, p. 511 ; J.-P. CÉRÉ, Le droit à une vie familiale pour les détenus, *in* J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 17 ; P. DOLLAT, Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen, *RFDA*, 2009, p. 689.

<sup>(90)</sup> CE ord., 25 oct. 2007, *Mme. Y.*, n° 310125, préc.

<sup>(91)</sup> CE Ass., 8 déc. 1978, *GISTI*, n° 10097, *Leb.* 493, concl. J. Dondoux ; *AJDA*, 1979, p. 38, chron. J. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau.

<sup>(92)</sup> CE, 30 oct. 2001, *Tliba*, n° 238211, préc.

<sup>(93)</sup> V. CE, 22 nov. 2016, *M. B. A.*, n° 405021, inédit ; CE, 29 juin 2017, *M. B. A.*, n° 411488, inédit.

<sup>(94)</sup> Il en va de même s'agissant des contentieux relatifs aux conditions de vie des détenus : v. par exemple CAA Versailles, 23 oct. 2012, n° 10VE03029, inédit ; CE, 28 juill. 2017, *Section française de l'OIP*, n° 410677 ; *AJDP*, 2017, p. 456, note J.-P. Céré ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2017, n° 35, p. 26, note É. Senna.

<sup>(95)</sup> CE, 31 mai 2016, *Gonzales Gomez*, n° 396848, préc.

<sup>(96)</sup> On rappellera ici sommairement ces « circonstances exceptionnelles » : un couple, dont le mari était affecté d'une maladie grave avait procédé à des prélèvements de gamètes en vue d'une procréation médicale assistée ; la dégradation de son état de santé rendit ce projet impossible à tel point que le couple envisageait de procéder à une insémination *post-mortem* en Espagne où cette faculté est autorisée un an après le décès ; cependant, l'état de santé du mari ne permit pas de procéder, avant son décès, à un nouveau prélèvement de gamètes en Espagne ; la requérante cherchait donc à se voir autoriser l'exportation des gamètes prélevées en France afin de réaliser le projet conçu ensemble par le couple en Espagne.

<sup>(97)</sup> TA Rennes, 11 oct. 2016, n° 1604451 ; *D.*, 2016, p. 2392, note B. Haftel ; *JCP G*, 11 sept. 2017, n° 37, p. 1616, chron. Ch. Byk ; *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2017, n° 1, p. 79, note N. Ni Ghairbhia ; *RTD civ.*, 2017, p. 114, note J. Hauser ; *JCP A*, 2017, n° 2199, note Ch. Paillard.

(98) Art. L. 2142-2 du Code de la santé publique.

(99) On rappellera là encore sommairement les circonstances : une requérante souhaitait recourir à l'insémination *post-mortem* de gamètes préalablement prélevées, après avoir perdu, à quelques jours d'intervalles, son conjoint et l'enfant du couple qu'elle portait.

(100) En ce sens, v. L. DUTHEILLET de LAMOTHE et G. ODINET, Contrôle de conventionalité *in concreto* veritas ?, *AJDA*, 2016, p. 1398.

(101) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *D.*, 2014, p. 179, note F. Chénéde ; *ibid.*, p. 153, note H. Fulchiron ; *ibid.*, p. 1342, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.*, 2014, p. 124, note S. Thouret ; *RTD civ.*, 2014, p. 88, note J. Hauser ; *ibid.*, p. 307, note J.-P. Marguénaud. V. toutefois, depuis lors, relevant l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2016, n° 15-27201 ; *LPA*, 10 mars 2017, n° 50, p. 8, note M. Morin et P.-L. Niel ; *D.*, 2017, p. 953, note F. Chénéde ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2017, n° 14, p. 43, note S. Hamou.

(102) Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; *D.*, 2015, p. 2365, note H. Fulchiron ; *RTD civ.*, 2015, p. 596, note J. Hauser

(103) Civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2015, n° 14-22.095 ; *RDI*, 2016, p. 100, note P. Soler-Couteaux ; *AJCT*, 2016, p. 283, note E. Péchillon

(104) V. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, Contrôle de conventionalité *in concreto* veritas ?, *AJDA*, 2016, p. 1398.

(105) *Ibid.*

(106) CE Ass., 19 févr. 1991, *Belgacem*, n° 107470 ; *AJDA*, 1991, p. 551, Note F. Julien-Lafferrière et 1992, p. 15, chron. J.-F. Flauss ; *RCDIP*, 1991, p. 677, note D. Turpin.

(107) CE sect., 3 juill. 1998, *Bitouzet* ; *AJDA*, 1998, p. 570, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *RFDA*, 1999, p. 481, note D. de Béchillon.

(108) CE Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International*, n° 368082 et CE Ass., 21 mars 2016, *Sté Numéricable*, n° 390023 ; *RFDA*, 2016, p. 506, concl. S. Von Coester ; *AJDA*, 2016, p. 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *Dr. adm.*, 2016, comm. 10, note S. Von Coester et V. Daumas ; *Gaz. Pal.*, 2016, n° 22, p. 31, note B. Seiller ; *JCP G*, 2016, p. 623, note Th. Perroud ; *ibid.*, p. 671, note Y. Aguila et Ch. Froger ; *RFDA*, 2016, p. 679, note F. Melleray ; *RTD civ.*, 2016, p. 571, note P. Deumier ; *RDP*, 2017, p. 482, étude H. Pauliat.

(109) B. HAFTEL, Autorisation d'une insémination post-mortem, une décision de circonstance ?, *D.*, 2016, p. 2392.

(110) V. CE, 16 juin 2010, *Mme Diakité*, n° 340250, *Leb.* 205 ; *AJDA*, 2010, p. 1335, note O. Le Bot et p. 1662, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *RFDA*, 2011, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; CE Ass., 24 juin 2014, *Lambert*, préc. ; CE sect., 11 déc. 2015, *M. Domenjoud*, n° 395009, *Leb.* 437 ; *AJDA*, 2016, p. 247, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *AJCT*, 2016, p. 202, étude J.-C. JOBART ; *RFDA*, 2016, p. 105, concl. X. Domino, note A. Roblot-Troizier. V. sur la question R. ABRAHAM, L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs, in *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 1.

(111) CE avis, 13 juin 2013, *M. M.*, n° 362981 ; *JCP G*, 9 sept. 2013, n° 37, p. 1647, note Ch. Byk ; CE, 12 nov. 2015, *Mme B. c/ CECOS*, n° 372121 ; *LPA*, 22 juill. 2016, n° 146, p. 18, note S. Monnier ; *RTD civ.*, 2016, p. 334, note J. Hauser ; *JCP G*, 2016, p. 108, note A. Mirkovic ; *Gaz. Pal.*, 25 nov. 2015, n° 329, p. 26, note M. Guyomar. V. également, au préalable, CC, 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC ; *AJDA*, 2012, p. 1036 ; *AJ fam.*, 2012, p. 406, note F. Chénéde ; *RDSS*, 2012, p. 750, note D. Roman ; *RTD civ.*, 2012, p. 520, édito J. Hauser. V. encore TA Montreuil, 14 juin 2012, *Audrey G.*, n° 1009924 ; *D.*, 2012, p. 1618, note A. Mirkovic ; *AJ fam.*, 2012, p. 408, note C. Xémard ; *RTD civ.*, 2012, p. 520, note J. Hauser ; *JCP A*, 2012, p. 2252, concl. I. Billandon.

(112) CE, 28 déc. 2017, *M. B. A. c/ AP-HP*, n° 396571 ; *AJDA*, 2018, p. 5, obs. M.-Ch. de Montecler.

(113) Pour une illustration, v. CE, 26 nov. 2010, *Garde des Sceaux c/ Bompard* n° 329564 ; *AJDA*, 2011, p. 678, note M. Poujol ; *Gaz. Pal.*, 20 févr. 2011, n° 51-53, p. 13, note B. Seiller. V. sur ce thème, J.-P. CÉRÉ, Le droit à une vie familiale pour les détenus, in J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 17 ; Protection des droits fondamentaux des détenus : la source conventionnelle des obligations positives, in *Le droit européen des droits de l'homme*, Cycle de conférence du Conseil d'État, La Documentation française, 2011, spéc. p. 208 et s.

(114) Par exemple, l'article 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'État, selon

lequel « (...) Dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille (...) » ; Loi du 30 déc. 1921, dite « Roustan » rapprochant les fonctionnaires qui, étrangers au département, sont unis par le mariage, soit à des fonctionnaires du département, soit à des personnes qui y ont fixé leur résidence, *JORF*, 31 déc. 1920, p. 14270.

<sup>(115)</sup> CE, 10 déc. 2003, *Bouley*, n° 235640 ; *AJDA*, 2004, p. 942 ; *AJFP*, 2004, p. 136 ; *JCP A*, 2004, n° 1192, p. 375, concl. D. Piveteau ; TA Cergy-Pontoise, 3 oct. 2013, *Mme C.*, n° 0809428 ; *AJDA*, 2013, p. 2503, concl. E. Costa.

<sup>(116)</sup> CE ord., 28 juill. 2016, *M. Abdeslam*, n° 401800 ; *AJDA*, 2016, p. 2052, note M. Sztulman ; *AJDP*, 2016, p. 549, note M. Herzog-Evans ; *D.*, 2016, p. 1808, note E. Péchillon.

<sup>(117)</sup> Pour une synthèse relative à la tranquillité publique, v. J.-M. DAUCHY, Le droit au sommeil, *LPA*, 23 août 2001, n° 168, p. 4.

<sup>(118)</sup> CE, 26 oct. 2007, *Advocnar*, n° 297301 ; *AJDA*, 2008, p. 95, concl. F. Lénica.

<sup>(119)</sup> Le commissaire du gouvernement d'expressément se référer à l'arrêt CEDH, 8 juill. 2003, *Hatton et a. c/ Royaume-Uni*, n° 36022/97.

<sup>(120)</sup> CE, 28 nov. 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, n° 238349, *Leb.* 464 ; *AJDA*, 2004, p. 988, note C. Deffigier.

<sup>(121)</sup> Concl. préc.

<sup>(122)</sup> CE, 13 oct. 2017, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 397031 ; *JCP A*, 2018, n° 2045, concl. L. Marion ; *Dr. adm.*, 2018, comm. 4, note A. July.

<sup>(123)</sup> CE, 31 janv. 2014, *M. Retterer*, n° 362444 ; *RFDA*, 2014, p. 387, concl. X. Domino.

<sup>(124)</sup> « Considérant qu'en limitant son contrôle à l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, en retenant que les requérants ne justifiaient pas d'un intérêt légitime à changer de nom, la cour administrative d'appel de Paris a entaché son arrêt d'erreur de droit (...) ».

<sup>(125)</sup> CE, 4 mars 1992, *Amédé*, n° 877717, *Leb.* 1051 ; CE, 11 juill. 1998, *Mme Picard*, n° 83642 ; *RFDA*, 1990 p. 224, note E. Ayoub ; CE, 17 avr. 1991, *Bernard*, n° 64615.

<sup>(126)</sup> CE, 10 déc. 2003, *Bouley*, n° 235640, préc.

<sup>(127)</sup> V. CE, 2 févr. 2011, *Min. Intérieur c/ Le Rasle*, n° 326768 ; *AJDA*, 2011, p. 249 ; *AJFP*, 2011, p. 143.

<sup>(128)</sup> V. par exemple, omettant de tenir compte du droit au respect de la vie familiale : CE, 10 mai 2006, *Briot*, n° 279065 ; *Leb.* 921 ; *AJDA*, 2006, p. 1015 ; *RLCT*, 2006, n° 16, p. 50, note E. Glaser ; CE, 25 mai 2007, *Fratacci*, *Leb.* 904 ; *AJFP*, 2006, p. 243 ; *AJDA*, 2007, p. 105. V. en sens inverse, omettant de prendre en compte l'intérêt et les nécessités du service : CE, 3 févr. 2012, *Fiordaliso*, n° 347717 ; *AJFP*, 2012, p. 195, note L. Raclet

<sup>(129)</sup> Le juge s'en tient généralement à un contrôle de proportionnalité plus classique. Pour une systématisation, dans le cadre de la police des étrangers, v. M. GUYOMAR, La conciliation des impératifs de sécurité publique et du droit au respect de la vie privée, *AJDA*, 2003, p. 1055.

<sup>(130)</sup> V. la décision inaugurale, CE, 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827, préc.

<sup>(131)</sup> CE, 17 nov. 2017, *Fondation Jérôme Lejeune et autres*, n° 401212.

<sup>(132)</sup> CE, 15 déc. 2010, *Bayer*, n° 323250, préc.

<sup>(133)</sup> CE ord., 28 juill. 2016, *M. Abdeslam*, n° 401800, préc.

<sup>(134)</sup> On pourra, dans cette veine, se référer aux critiques semblables émises au sujet de l'ordonnance du Conseil d'État du 9 janv. 2014 (CE, 9 janv. 2014, n° 374508, *Min. Intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume*, *M. Dieudonné M'Bala M'Bala* ; *Dr. adm.*, 2014, comm. 33, note G. Eveillard ; *AJCT*, 2014, p. 157, note G. Le Chatelier ; *AJDA*, 2014, p. 866, note J. Petit ; *RTDH*, 2014, p. 515, note P. de Fontbressin ; *D.*, 2014, p. 155, obs. R. Piastra ; *RFDA*, 2014, p. 87, note O. Gohin et p. 521, note C. Broyelle).

<sup>(135)</sup> V. par exemple, pour une analyse sommaire de l'atteinte portée à la vie privée, le caractère de « gravité »

faisant implicitement défaut : CE, 25 juill. 2003, *Min. de la Jeunesse, de l'Education et de la Recherche c/ SNUDI-FO*, n° 258677 ; *AJDA*, 2004, p. 447, note O. Grimaldi.

<sup>(136)</sup> Pour une synthèse, v. K. SID AHMED, *Droits fondamentaux du contribuable et procédures fiscales*, L'Harmattan, Tomes I et II, 2007.

<sup>(137)</sup> CE, 21 déc. 2006, n° 293749, inédit.

<sup>(138)</sup> CE, 22 déc. 1982, n° 21475 ; *RJF*, 2-1983, n° 163 ; v. également CE, 15 déc. 1993, *M. Roger X.*, n° 84181. Sur ce point, v. M. COLLET, *Procédures fiscales*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2017, § 6.

<sup>(139)</sup> CEDH (Gr. Ch.), 12 juill. 2001, *Ferrazzini c/ Italie*, n° 44759/98 ; *JCP G*, 2002, I, 105, n° 6, note F. Sudre ; *AJDA*, 2001, p. 11060, chron. J.-F. Flauss. V. sur cette question B. PLAGNET, L'utilité de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux fiscal, *Dr. et patr.*, 2010, n° 194, p. 65 ; V. BERGER, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit fiscal, *Dr. fisc.*, 2010, n° 24, p. 11 ; A. MAITROT DE LAMOTTE, Les concepts fiscaux, in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit de l'Union européenne sur les catégories du droit public*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2010, p. 863.

<sup>(140)</sup> V. respectivement CE, 19 oct. 19984, *Doucet*, n° 144199 ; CAA Bordeaux, 31 janv. 2006, *Filhet*, n° 02BX01742 ; CAA Paris, 28 juill. 1998, *Schaffer*, n° 97PA00060.

<sup>(141)</sup> CEDH, 16 oct. 2008, *Maschino c/ France*, n° 10447/03 ; *Dr. fisc.*, 2008, n° 49, p. 27, note Ch. Louit.

<sup>(142)</sup> X. DOMINO, concl. sur CE, 8 juin 2016, *M. A. et autres*, préc., *AJDA*, 2016, p. 1758.

<sup>(143)</sup> V. par exemple, P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2017-2018, § 1012. En ce sens, v. également R. BONNARD, Le contrôle de légalité et le contrôle de l'opportunité, *RDP*, 1944, p. 63 ; D. LABETOULLE, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, *Cahiers IFSA*, 1978 ; F. MELLERAY, L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence. Brèves réflexions sur la destinée d'une construction jurisprudentielle, in *Mélanges Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 993.

<sup>(144)</sup> D. PIVETEAU, concl. sur CE, 10 déc. 2003, *Bouley*, n° 235640 ; *JCP A*, 2004, n° 1192.

<sup>(145)</sup> *Ibid.* L'article 12 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 (*JORF*, 14 juill. 1972, p. 7431) disposant que « les militaires peuvent être appelés à servir à tout temps et en tout lieu (...) ».

<sup>(146)</sup> V. par exemple, récemment CAA Paris, 29 janv. 2016, n° 14PA02328 ; *AJFP*, 2016, p. 210.

<sup>(147)</sup> CE, 12 déc. 2007, *Section française de l'OIP*, n° 293993 ; *RFDA*, 2008, p. 999, note L. de Graëve ; *AJDP*, 2008, p. 131, note M. Herzog-Evans.

<sup>(148)</sup> J. PETIT, La motivation des décisions du juge administratif, in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2013, p. 213.

<sup>(149)</sup> V. par exemple, CE, 7 mars 2017, *Mme F. E.*, n° 408899, inédit.

<sup>(150)</sup> V. Ch. FROGER, La juridiction administrative et l'anonymat, in Ph. Yolka (dir.), *Le nom. Administrations, droit et contentieux administratifs*, préc., p. 223.

# Données personnelles et respect de la vie privée dans la jurisprudence administrative

**Régis Fraisse**

*Conseiller d'Etat*

*Président de la Cour administrative d'appel de Lyon*

*Professeur associé*

*Université Jean Moulin Lyon 3*

Lorsque Valérie Le Bihan m'a proposé d'intervenir sur le contrôle du juge au regard du respect de la vie privée dans la jurisprudence administrative, j'ai souhaité restreindre mon sujet aux données personnelles, pour trois raisons.

La première, c'est que la civilisation numérique dans laquelle nous sommes entrés est fortement attentatoire au respect de la vie privée. Les années à venir constituent un défi majeur sur ce point.

La deuxième, c'est que le contrôle du juge, en ce qui concerne les données personnelles, présente des caractéristiques originales par rapport à d'autres situations susceptibles de porter atteinte au respect de la vie privée.

La troisième, c'est que j'ai siégé quelques années comme assesseur à la 10<sup>ème</sup> sous-section, devenue la 10<sup>ème</sup> chambre, de la section du contentieux du Conseil d'Etat, spécialisée dans ce contentieux.

J'en ajoute une quatrième. Le professeur Roux vient de faire une présentation magistrale du juge administratif et du droit au respect de la vie privée, ce que j'aurais été incapable de faire.

J'aborderai tout d'abord le cadre du contrôle en m'arrêtant quelques instants sur la compétence du juge administratif et sur les sources qu'il utilise. Puis, j'examinerai le contrôle qu'il exerce sous ses trois aspects : le contrôle de l'administrateur, le contrôle du contrôleur, le contrôle du sanctionnateur.

## **I. – Le cadre du contrôle**

### **A. – La compétence du juge administratif**

Le juge administratif a une compétence de principe pour connaître des atteintes au respect de la vie privée par les personnes publiques et, à l'intérieur de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat a un rôle déterminant.

Le juge administratif est ainsi compétent pour connaître des décisions de la CNIL même si ce sont des personnes privées qui sont à l'origine de l'atteinte au respect de la vie privée. C'est ce qui vient d'être jugé pour les exploitants de moteurs de recherche : ces exploitants sont généralement des personnes privées. Si un particulier estime que les résultats obtenus par ces moteurs portent atteinte de façon disproportionnée au respect de sa vie privée, il lui est possible de saisir le juge judiciaire. Mais, dès lors que la CNIL est compétente pour connaître des plaintes formées à la suite d'une décision de refus de déréférencement opposée par l'exploitant d'un moteur de recherche, le juge administratif devient compétent pour connaître du refus opposé par la CNIL <sup>(1)</sup>.

Deux problèmes à signaler s'agissant de la compétence entre les deux ordres de juridiction : les décisions de la CNIL en matière de plaintes pénales et les fichiers à finalités multiples.

S'agissant des saisines du procureur de la République par la CNIL, sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale, pour l'informer d'infractions dont la CNIL a connaissance, la jurisprudence distingue deux cas :

– la décision de la CNIL de saisir l'autorité judiciaire : cette décision n'est pas détachable de la procédure judiciaire et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif <sup>(2)</sup> ;

– la décision de la CNIL refusant de saisir l'autorité judiciaire : elle constitue une décision dont le contentieux relève de la compétence du juge administratif <sup>(3)</sup> ; celui-ci exerce alors un contrôle restreint sur l'appréciation à laquelle se livre la CNIL.

Un autre conflit de compétence existe pour les fichiers mixtes de police judiciaire et de police administrative. La loi prévoit généralement que, si une personne estime que son inscription dans ces fichiers n'est plus justifiée, elle peut demander son effacement soit auprès du procureur de la République, soit auprès du magistrat référent, soit

auprès de la CNIL. Le juge administratif est compétent pour les décisions de la CNIL suite à un refus d'effacer des données mais aussi de les rectifier ou de les actualiser. Qu'en est-il des décisions du procureur de la République et du magistrat référent ? Elles devraient relever du juge des libertés et de la détention (JLD) puis, le cas échéant, du président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel. C'est d'ailleurs ce qu'a prévu le législateur pour certains fichiers <sup>(4)</sup>. Mais, pour d'autres, il lui arrive de ne rien prévoir, ce qui pose problème. En effet, faute de recours, le fichier est illégal ou inconstitutionnel. C'est ce qui est arrivé avec le système de traitement des infractions constatées (STIC) ou le traitement des antécédents judiciaires (TAJ). Le législateur n'a rien prévu, laissant ainsi sans recours une décision négative du procureur de la République. Confronté à cette difficulté, le juge administratif s'est alors reconnu compétent. Il a estimé que de tels refus étaient détachables d'une procédure judiciaire et constituaient non pas des mesures d'administration judiciaire, mais des actes de gestion administrative d'un fichier.

Ainsi, dans l'affaire Baby c/ ministre de la justice jugée le 30 mars 2016, le Conseil d'Etat a précisé les cas dans lesquels le procureur de la République avait une compétence liée ou une compétence d'appréciation, en précisant, dans ces derniers cas, que l'application de l'article 8 de la convention EDH impose au juge de l'excès de pouvoir d'exercer un entier contrôle sur la décision prise par les autorités désignées par la loi sur les demandes d'effacement des données <sup>(5)</sup>.

Fort judicieusement, le législateur est intervenu en 2016 pour prévoir un recours spécifique contre les décisions du procureur de la République <sup>(6)</sup> en disposant, aux articles 230-8 et 230-9 du code de procédure pénale, que « *les décisions du procureur de la République en matière d'effacement ou de rectification des données personnelles sont susceptibles de recours devant le président de la chambre de l'instruction* » et celles du magistrat référent « *devant le président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris* ».

Mais son œuvre est inachevée. Le Conseil constitutionnel a constaté que la loi (premier alinéa de l'article 230-8 du code de procédure pénale) privait les personnes mises en cause dans une procédure pénale, autres que celles ayant fait l'objet d'une décision d'acquiescement, de relaxe, de non-lieu ou de classement sans suite, de toute possibilité d'obtenir l'effacement de leurs données personnelles inscrites dans le fichier des antécédents judiciaires. Par suite, il a jugé, en phase avec la Cour européenne <sup>(7)</sup>, que la loi portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée. Il a toutefois reporté au 1<sup>er</sup> mai 2018 la date de son abrogation <sup>(8)</sup>.

A l'intérieur de la juridiction administrative, le Conseil d'Etat a une place déterminante. Si ses compétences en premier et dernier ressort ont été restreintes, il reste compétent pour connaître des recours dirigés contre les décisions prises par les organes de la CNIL, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation <sup>(9)</sup>... « organes » au pluriel... cela signifie que ce ne sont pas seulement les décisions de l'organe collégial qui relèvent du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort mais également celles de la commission restreinte, compétente pour prononcer des sanctions, ou celles de son président ou de sa présidente. Cela a été confirmé par la décision d'assemblée du 24 février 2017.

Par ailleurs, lorsque les données intéressent la sûreté de l'Etat, c'est une formation spécialisée du Conseil d'Etat qui est compétente <sup>(10)</sup>, mais elle n'est compétente que pour statuer sur ces données. Cela signifie que les contestations dirigées contre le refus du responsable du traitement de communiquer au demandeur tout ou partie des informations le concernant doivent être portées devant le Conseil d'Etat lorsque ce refus concerne des données intéressant la sûreté de l'Etat et devant le tribunal administratif lorsque ce n'est pas le cas <sup>(11)</sup>.

## **B. – Les sources**

Le juge administratif respecte, cela va de soi, la hiérarchie des normes. Il doit ainsi respecter la Constitution, qui se trouve à son sommet <sup>(12)</sup>. Il y a quelques années, il ne la visait, dans ses décisions, que très rarement en raison de la théorie de la loi-écran et de la conception restrictive qu'il se faisait de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel.

Cette situation a changé depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le parcours de sa jurisprudence récente montre en effet qu'il lui arrive de viser la Constitution dans six cas :

– lorsqu'il statue sur le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel : il lui arrive ainsi de viser l'article 2 de la DDH <sup>(13)</sup>, sur lequel le Conseil constitutionnel fonde le droit au respect de la vie privée depuis sa décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 sur la loi portant création d'une couverture maladie universelle ;

– lorsqu'il refuse de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel et qu'il statue au fond <sup>(14)</sup> ;

– lorsqu'il n'existe pas de norme-écran : ordonnance non ratifiée par la voie de l'action ou de l'exception <sup>(15)</sup> ou même une simple sanction <sup>(16)</sup> ;

– lorsque le Conseil constitutionnel a statué sur une QPC ;

– lorsque le Conseil constitutionnel a interprété, dans le cadre de son contrôle *priori* ou *a posteriori*, une disposition modifiant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés <sup>(17)</sup> ou une disposition législative instituant un fichier ;

– lorsqu'il s'agit de savoir si la mesure réglementaire contestée relève du domaine de la loi ou du règlement <sup>(18)</sup>.

Ces références à la Constitution restent toutefois secondaires. La plupart du temps, il existe une norme qui fait écran avec la Constitution. La norme-écran peut être externe ou interne ou, parfois, les deux :

Le Conseil d'Etat cite généralement les textes suivants :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- la directive 95/46/CE du parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 <sup>(19)</sup> ;
- et surtout la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Citer la directive devrait être considéré comme superflu dès lors que la loi de 1978 est censée la transposer mais est souvent justifié par la pratique de l'interprétation conforme qui fait que, lorsque le juge hésite sur l'interprétation de la norme législative de transposition, il va la confronter à la norme supérieure... Il va même parfois plus loin, car, en présence de traitement uniforme par la loi des situations régies par la directive et des situations qui ne le sont pas, il va faire une lecture unique à la lumière de la directive <sup>(20)</sup>.

Il lui arrive de citer la Charte des droits fondamentaux, lorsqu'elle est invoquée : ses articles 7, 8 et 11, respectivement relatifs au respect de la vie privée et familiale, à la protection des données à caractère personnel et à la liberté d'expression et d'information.

Il lui arrive également de citer des arrêts de la CJUE <sup>(21)</sup> pour en déduire, par exemple, que l'exploitant d'un moteur de recherche doit être regardé comme un responsable de traitement au sens des articles 2 et 3 de la loi du 6 janvier 1978.

Ces textes, tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la CJUE, ont été rédigés pour protéger le droit au respect de la vie privée. Il est donc logique que le juge administratif les utilise pour délimiter et encadrer son contrôle.

Pour prendre quelques exemples, il va les utiliser pour définir la notion de données personnelles <sup>(22)</sup>, de traitements automatisés de données à caractère personnel <sup>(23)</sup>, de traitements non automatisés <sup>(24)</sup>, d'interconnexion de fichiers <sup>(25)</sup>.

## II. – La mise en œuvre du contrôle

### A. – Le contrôle de l'administrateur

Le juge exerce, la plupart du temps, un contrôle entier de proportionnalité. Il juge que *« l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collecte, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives, ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités »* <sup>(26)</sup>

Mattias Guyomar et Xavier Domino estiment que, par cette rédaction, qu'ils qualifient d'un peu discrète, le Conseil d'Etat a consacré l'existence d'un triple test de proportionnalité : pour être légale, une mesure portant atteinte à une liberté doit être « adaptée, nécessaire et proportionnée » <sup>(27)</sup>. Ils poursuivent en disant que la mesure *« doit être adaptée, c'est-à-dire pertinente par rapport au but recherché, elle doit être nécessaire, ce qui signifie à la fois qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et que cet objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté, et elle doit enfin être proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché »*

Il s'agit, en fait, d'un contrôle de proportionnalité, adapté à la problématique des fichiers, qui utilise la méthode du faisceau d'indices sans toujours distinguer de façon très nette les éléments du triple test. La pertinence, est-ce de l'adéquation, est-ce de la nécessité ou est-ce les deux ?

Ce contrôle peut porter :

- sur la finalité du fichier :

Ainsi le caractère centralisé des passeports électroniques a pour but de faciliter les démarches des usagers, de renforcer l'efficacité de la lutte contre la fraude documentaire et de garantir une meilleure protection des données recueillies. Ces finalités sont au nombre de celles qui justifient qu'il puisse être porté, par la création de ce traitement, atteinte au droit des individus au respect de leur vie privée. Il a été jugé que, compte tenu des restrictions et précautions dont il est assorti, ce traitement centralisé était en adéquation avec ses finalités légitimes et ne portait pas au droit des individus au respect de leur vie privée une atteinte disproportionnée aux buts de protection de l'ordre public en vue desquels il a été créé <sup>(28)</sup>.

– sur les données collectées, traitées et conservées qui doivent être adéquates, pertinentes et non excessives :

Le Conseil d'Etat a défini la notion de pertinence : sont des données pertinentes au regard de la finalité d'un traitement de données à caractère personnel celles qui sont en adéquation avec la finalité du traitement et qui sont proportionnées à cette finalité.

Il a notamment jugé que la collecte des images numérisées du visage et de deux empreintes digitales des titulaires de passeports est en adéquation avec les finalités légitimes du traitement institué et ne porte pas au droit des individus au respect de leur vie privée une atteinte disproportionnée aux buts de protection de l'ordre public en vue desquels il a été créé <sup>(29)</sup>.

De même, les données enregistrées dans la «*Base élèves 1<sup>er</sup> degré*», relatives à l'identification de l'élève, de ses responsables légaux et des autres personnes à contacter en cas d'urgence ou autorisées à le prendre en charge à la sortie de l'école, ainsi qu'à la gestion des établissements, de la scolarité des élèves et de leurs activités parascolaires et périscolaires, sont en adéquation avec la finalité du traitement, qui est la gestion de l'enseignement scolaire de premier cycle, et sont proportionnées à cette finalité <sup>(30)</sup>.

De même, la collecte des empreintes de dix doigts pour les étrangers est adéquate, pertinente et non excessive par rapport aux finalités légitimes du traitement <sup>(31)</sup>. En revanche, pour ce qui concerne le passeport, la collecte et la conservation dans le traitement automatisé des empreintes digitales de huit doigts, alors que le composant électronique du passeport n'en contient que deux, ne sont ni adéquates, ni pertinentes et apparaissent excessives au regard des finalités du traitement informatisé <sup>(32)</sup>. La différence vient de ce que, pour les étrangers, la finalité du traitement n'est pas seulement l'authentification mais également l'identification.

Il en est de même du recueil, pour un fichier de personnels relevant d'un ministère, du recueil des informations relatives au sexe et à la nationalité des conjoints ou partenaires <sup>(33)</sup>. La collecte de ces données n'apparaît pas «*nécessaire à la finalité légitime du traitement*».

De même, l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation. En dehors de cette hypothèse, la collecte et le traitement de telles données à des fins de contrôle du temps de travail doivent être regardés comme excessifs <sup>(34)</sup>.

Lorsque c'est la formation spécialisée qui est compétente, il lui appartient également d'apprécier si les données figurant dans le fichier sont pertinentes au regard des finalités poursuivies, adéquates et proportionnées. Pour ce faire, elle peut relever d'office tout moyen ainsi que le prévoit l'article L. 773-5 du code de justice administrative <sup>(35)</sup>.

– sur la durée de conservation des données :

La durée de conservation des empreintes digitales pour la carte nationale d'identité étant illimitée faute pour le texte de prévoir une durée, elle ne peut être regardée comme nécessaire aux finalités du fichier, eu égard à la durée de validité de la carte nationale d'identité et au délai dans lequel tout détenteur d'une carte périmée peut en solliciter le renouvellement. Elle est donc illégale <sup>(36)</sup>.

Il en est de même de la durée totale de conservation de 35 ans pour la «*Base nationale des identifiants des élèves*» même en prenant en compte l'ensemble de la durée du cycle d'étude (premier cycle en l'état actuel du fichier, cycle complet d'étude en cas de généralisation de l'utilisation de l'identifiant à l'enseignement secondaire et à l'enseignement supérieur) <sup>(37)</sup>.

En revanche, s'agissant de l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France, ont été jugées comme n'excédant pas celles nécessaires pour répondre aux finalités du traitement une durée de conservation générale de 5 ans et des durées : de trente ans pour les données relatives à un arrêté d'expulsion ou à une peine d'interdiction définitive du territoire ; de cinq ans, à compter de la caducité de la peine, pour la peine d'interdiction du territoire à temps <sup>(38)</sup>.

– sur les données sensibles :

L'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci. Il pose toutefois quelques exceptions limitatives.

Le juge administratif vérifie si les conditions exigées par ces exceptions sont respectées et notamment si sont respectés les secrets protégés par la loi.

Ainsi ont été reconnus licites la collecte et le traitement de données à caractère personnel relatifs aux pensions militaires d'invalidité dès lors que le traitement ne portait pas atteinte, par lui-même, au secret médical <sup>(39)</sup>.

Tel n'a pas été le cas de la mention exacte de la catégorie de classe d'intégration scolaire (CLIS) identifiée par l'un des quatre chiffres codant le type de handicap ou de déficience des élèves en bénéficiant, dont la seule mention permet par suite d'identifier immédiatement la nature de l'affection ou du handicap propre à l'élève <sup>(40)</sup>.

– sur le droit de consultation ou à communication :

En principe, la communication de données à caractère personnel n'est possible qu'à la personne concernée par ces données. Un héritier peut y être assimilé <sup>(41)</sup>.

Lorsque s'applique la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs, il convient d'occulter ou de disjoindre les mentions portant atteinte, notamment, à la protection de la vie privée, sinon le document n'est pas communicable <sup>(42)</sup>.

– sur le droit d'information et le droit d'opposition :

En vertu de l'article 32 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, la personne auprès de laquelle sont recueillies des données à caractère personnel la concernant est informée des caractéristiques essentielles du traitement de données et de ses droits. Toutefois, cette obligation d'information ne concerne pas les traitements intéressant la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique ou ayant pour objet l'exécution de condamnations pénales ou de mesures de sûreté, ainsi que la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite d'infractions pénales.

En vertu de l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978, « toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Il s'agit là d'une garantie de la protection de la vie privée. Mais il existe une exception, « lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement ». Le juge administratif considère que la suppression de ce droit d'opposition, pour un motif d'intérêt général et afin d'assurer l'effectivité des finalités du traitement en cause, sous le contrôle d'une autorité publique indépendante et du juge, ne méconnaît pas les exigences de la protection de la vie privée résultant de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il vérifie toutefois, sur le fondement du deuxième alinéa de cet article qui réserve l'« *ingérence d'une l'autorité publique dans l'exercice de ce droit* » en cas de nécessité pour « *la prévention des infractions pénales* », que cette ingérence soit proportionnée à la finalité poursuivie et que des garanties appropriées soient prévues par la loi.

Le Conseil d'Etat a jugé que la création par la DGFIP d'un fichier de comptes bancaires détenus hors de France par des personnes physiques ou morales dénommé « EVAFISC » pouvait écarter l'obligation d'information et le droit d'opposition <sup>(43)</sup>.

En revanche, il a jugé que la mise en ligne sur le réseau internet d'une base de données de jurisprudence non totalement anonymisées doit être regardée comme un traitement automatisé de données à caractère personnel au sens de la loi du 6 janvier 1978, auquel s'applique le droit d'opposition qu'elle ouvre aux personnes concernées <sup>(44)</sup>.

– sur la destruction de données illégalement recueillies dans un traitement de données à caractère personnel :

La question de savoir si l'exécution d'une décision consistant en un recueil illégal de données implique nécessairement une telle destruction dépend de savoir si une régularisation est possible. Si ce n'est pas le cas, le juge met en balance les motifs de l'illégalité constatée et les conséquences de la destruction des données pour l'intérêt général.

Comme exemple, on peut citer le fichier relatif à la gestion informatisée des détenus en établissement et régularisé par un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CNIL mais sans caractère rétroactif. Le Conseil d'Etat a considéré que, compte tenu de l'intérêt éminent qui s'attache à la conservation des données litigieuses, notamment pour ce qui concerne la prévention des risques suicidaires en détention, il n'y avait pas lieu d'enjoindre au ministre de la justice de supprimer les données recueillies dans le traitement contesté <sup>(45)</sup>.

On peut également citer le fichier « *Base nationale des identifiants des élèves* » : le Conseil d'Etat a estimé que, compte tenu de l'intérêt particulier qui s'attache à l'utilisation de l'ensemble des données recueillies pour le bon fonctionnement du service public de l'éducation nationale, il y avait lieu d'enjoindre au ministre de l'éducation nationale de prendre dans un délai de trois mois une nouvelle décision fixant une durée de conservation légitime au regard de la finalité du traitement. A défaut, il incomberait au ministre de faire supprimer l'ensemble des données recueillies dans le traitement <sup>(46)</sup>.

### **B. – Le contrôle du contrôleur <sup>(47)</sup>**

C'est en fait le contrôle des décisions de la CNIL qui ne sont pas des sanctions ayant le caractère de punition.

La CNIL étant une personne publique, ses décisions peuvent, en règle générale, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Mais il faut que ce soit de véritables décisions. Ses simples avis ne peuvent être directement contestés <sup>(48)</sup>. En revanche, ses recommandations, mises en garde et prises de position peuvent être déférées au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'elles revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'elles énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ce sont des actes de droit souple <sup>(49)</sup>.

Le juge administratif n'est pas, ici, un juge de plein contentieux. Il exerce rarement un contrôle restreint, le plus souvent un contrôle normal ou entier.

Les trois cas dans lesquels le juge administratif exerce un contrôle restreint concernent des situations où la CNIL refuse d'agir et dispose d'une certaine marge d'appréciation :

- lorsque la CNIL refuse de saisir le procureur de la République des crimes et délits dont elle aurait connaissance <sup>(50)</sup> ;
- lorsqu'elle refuse de donner suite à une demande de mise en œuvre de ses pouvoirs d'enquête <sup>(51)</sup> ;
- lorsqu'elle refuse de donner suite à une plainte <sup>(52)</sup>.

Dans ses conclusions sur l'affaire Fabre, Aurélie Bretonneau précise le large pouvoir d'appréciation de la CNIL qui « *peut tenir compte de la gravité des manquements allégués au regard de la législation ou de la réglementation qu'elle est chargée de faire appliquer, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge* ».

En dehors de ces cas, il exerce un contrôle qu'il qualifie tantôt de normal tantôt d'entier.

Il exerce ainsi un contrôle normal sur la décision de la CNIL de dispenser de déclaration, sur le fondement du II de l'article 24 de la loi du 6 janvier 1978, un traitement de données à caractère personnel <sup>(53)</sup>.

Il exerce un contrôle qu'il qualifie d'entier chaque fois que la décision de la CNIL touche aux principes protecteurs de la loi informatique et libertés ou chaque fois que la décision risque de porter atteinte au respect de la vie privée.

Il a ainsi exercé un contrôle entier :

- sur la délibération par laquelle la CNIL exclut certains traitements du champ de l'autorisation unique prévue par le II de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978, ainsi que sur le refus d'abroger cette délibération ; étaient en cause des traitements automatisés comportant des données biométriques utilisés pour le contrôle de l'identité des personnes ; le CE a vérifié si la Commission avait correctement apprécié la proportionnalité des données collectées à la finalité poursuivie par le traitement <sup>(54)</sup> ;
- les décisions de la CNIL saisie de plaintes formées à la suite d'une décision de refus de déréférencement opposée par l'exploitant d'un moteur de recherche et refusant de mettre celui-ci en demeure de faire droit à la demande de déréférencement <sup>(55)</sup>.

Mais, dans les faits, on s'aperçoit qu'il n'y a pas de différence entre le contrôle normal ou le contrôle entier.

### **C. – Le contrôle du sanctionnateur**

Il vise également la CNIL puisque l'article 11 de la loi informatique et libertés lui confie le soin de recevoir « *les réclamations, pétitions et plaintes relatives à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel* ».

Le contrôle porte autant sur la procédure que le fond. Il est original, en ce sens que le juge se prononce comme

juge de plein contentieux <sup>(56)</sup>, ce qui signifie qu'il se place à la date de sa propre décision et que celle-ci peut se substituer à celle de la CNIL. C'est ce que rappelle l'article 46 de la loi du 6 janvier 1978 : « *Les décisions prononçant une sanction peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat* »

Les garanties procédurales sont importantes. Lorsque la CNIL, en sa formation restreinte, est saisie d'agissements pouvant donner lieu à l'exercice de son pouvoir de sanction, elle doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales <sup>(57)</sup>.

Il s'ensuit que certains principes sont applicables :

– le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination : ne méconnaît pas ce droit l'article 34*bis* de la loi du 6 janvier 1978 qui impose aux fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public d'informer la CNIL et, le cas échéant, les personnes intéressées lorsqu'ils constatent une violation de données à caractère personnel <sup>(58)</sup> ;

– le principe de la présomption d'innocence garanti par les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 9 de la Déclaration de 1789 <sup>(59)</sup> ;

– le principe de responsabilité personnelle <sup>(60)</sup> ;

– le principe de légalité des délits et des peines, ce principe étant strict pour les peines et plus souple pour les délits selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui permet de se référer seulement aux obligations auxquelles la personne est soumise en vue des lois et règlements à raison de l'activité qu'elle exerce <sup>(61)</sup> ; le juge vérifie toutefois que la règle en cause est suffisamment claire, de sorte qu'il apparaisse de façon raisonnablement prévisible par les professionnels concernés, eu égard aux textes et à leur interprétation constante, que le comportement litigieux constitue un manquement à ces obligations <sup>(62)</sup> ;

– les principes d'indépendance et d'impartialité, qui exigent la séparation des fonctions d'enquête de celles de sanction au sein de la CNIL <sup>(63)</sup> : une QPC sur ce sujet a été jugée non sérieuse <sup>(64)</sup> ;

– le principe des droits de la défense, mais celui-ci ne s'applique qu'à la procédure de sanction *stricto sensu*, et non à la phase préalable d'enquête ; il faut toutefois que, « *lors du déroulement de la phase préalable, il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés* » <sup>(65)</sup>.

Par ailleurs, en vertu de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978, la CNIL ne peut faire usage des pouvoirs de sanction qu'après avoir mis en demeure le responsable du traitement de respecter les obligations qui lui sont imposées par les textes législatifs et réglementaires. Ce n'est que, si l'intéressé ne s'y conforme pas dans le délai imparti, que la formation restreinte de la CNIL peut prononcer, après procédure contradictoire, une sanction. La CNIL doit se placer, pour cela, à la date à laquelle ce délai a expiré mais elle peut prendre en compte une régularisation postérieure <sup>(66)</sup>. La mise en demeure a également pour effet de pallier une application très souple du principe de légalité des délits.

Dans le cadre de son office, le juge applique la dialectique de la preuve ou le faisceau d'indices. Ainsi, lorsqu'un procès-verbal dressé par un agent de la CNIL dans le cadre d'un contrôle sur place décrit le déroulement du contrôle et ses résultats, il appartient aux personnes qui en contestent les énonciations de fournir des éléments ou indications au soutien de leur contestation qui permettront au juge, dans le cadre du débat contradictoire, d'établir, le cas échéant, le caractère erroné ou incomplet des mentions du procès-verbal au regard de la réalité des faits ressortant du dossier issu du débat entre les parties <sup>(67)</sup>.

Sur la sanction elle-même, le juge vérifie que la sanction est proportionnée au regard de la nature et de la gravité des manquements constatés <sup>(68)</sup>. Il s'agit d'ailleurs d'une obligation découlant de la directive puisque son article 47 prévoit que les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci, les sanctions ainsi prévues devant être effectives, proportionnées et dissuasives et pouvant être appliquées pour couvrir la durée de l'infraction, même si celle-ci a été ultérieurement corrigée.

En théorie, il devrait s'agir du triple contrôle de proportionnalité mais les décisions du Conseil d'Etat n'en font généralement pas état. La raison tient à ce que les requérants mettent toute leur argumentation pour contester le principe de la sanction plutôt que son contenu.

Une sanction qui est, en revanche, plus critiquée est la sanction complémentaire de publicité de la sanction principale, laquelle « *outre sa portée punitive, a pour objet de porter à la connaissance des intéressés tant les irrégularités qui ont été commises que les sanctions que celles-ci ont appelées* » <sup>(69)</sup>. Une telle sanction se trouve

nécessairement soumise au respect du principe de proportionnalité. Le juge prend en compte le support de diffusion retenu et la durée pendant laquelle cette publication est accessible de façon libre et continue.

Il lui est arrivé, à deux reprises, de juger que la sanction complémentaire de publicité était justifiée, dans son principe, au regard de la gravité et de la persistance des manquements constatés mais que la publication, sans précision de durée, sur le site internet de la CNIL et sur le site Légifrance, était excessive au motif que la formation restreinte de la CNIL n'avait fixé aucune borne temporelle à la publicité non anonyme <sup>(70)</sup>.

Enfin, lorsqu'un tiers demande soit qu'il ne soit pas procédé à la publication des mentions le concernant figurant dans une décision de sanction prononcée par la CNIL dont le dispositif ne lui fait pas grief, soit l'anonymisation de telles mentions dans la version publiée de cette sanction, l'autorité compétente est tenue de faire droit à cette demande, sous la seule réserve de la vérification de l'existence des mentions en litige <sup>(71)</sup>. En résumé, il ne faut pas qu'une sanction pour manquement au respect de la vie privée entraîne un nouveau manquement à ce principe.

---

<sup>(1)</sup> CE, Assemblée, 24 février 2017, n° 391000, Mme Chupin, avec concl. Aurélie Bretonneau, RFDA, 2017, p. 535 ; Guillaume Odinet et Sophie Roussel, Chronique, AJDA, 2017, p. 740.

<sup>(2)</sup> CE, 29 novembre 1961, Sieur Paisnel, p. 669 ; CE, 1er décembre 1976, Association des concubins et concubines de France, n° 01617, p.520 ; 11 décembre 1992, Société le Figaro, n° 135785, T. p. 841.

<sup>(3)</sup> CE, sect., 27 octobre 1999, Solana, n° 196306.

<sup>(4)</sup> C'est le cas pour le fichier national automatisé des empreintes génétiques (**FNAEG**), le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (**FIJAIS**) et le fichier automatisé des empreintes digitales (**FAED**).

<sup>(5)</sup> Cf. également les décisions CE, 17 juillet 2013, n° 359417, M. Elkaim ; 11 avril 2014, Ligue des droits de l'homme, n° 360759.

<sup>(6)</sup> Article 68 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

<sup>(7)</sup> CEDH, 22 juin 2017, n° 8806/12, Aycaguer c/ France sur l'inconventionnalité du fichier FNAEG.

<sup>(8)</sup> CC, 27 octobre 2017, n° 2017-670 QPC.

<sup>(9)</sup> Article R. 311-1 du code de justice administrative.

<sup>(10)</sup> Articles L. 773-1 et L. 773-2 du CJA.

<sup>(11)</sup> CE, 6 novembre 2017, M. Balley, n° 409075, à propos du fichier des personnes recherchées (FPR).

<sup>(12)</sup> CE, Ass., 30 octobre 1988, M. Sarran, n° 200286.

<sup>(13)</sup> CE, 17 mai 2017, n° 405792, Quadrature du Net, qui a donné lieu à la décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017.

<sup>(14)</sup> CE, 22 juin 2017, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 402420 à propos de la création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention.

<sup>(15)</sup> CE, 28 juillet 1999, n° 202606, Syndicat des médecins libéraux et autres.

<sup>(16)</sup> CE, 28 septembre 2016, n° 389448, Théâtre national de Bretagne, § 7.

<sup>(17)</sup> CE, 7 août 2008, n° 309063, Association nationale pour la défense de la parité des droits des administrés se référant à la décision n° 2007-557 DC du Conseil constitutionnel du 15 novembre 2007, relative à la prise en compte, par les traitements automatisés de données, de l'origine ethnique ou de la race (cons. 29).

<sup>(18)</sup> CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 317827, Association pour la promotion de l'image.

<sup>(19)</sup> La directive 95/46/CE sera abrogée le 25 mai 2018 et remplacée par le règlement (UE) 2016/679 du

Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(20) CE, 17 juin 2011, SARL Méditerranée automobiles, n° 324392.

(21) CE, Assemblée, 24 février 2017, n° 391000, Mme Chupin, qui cite l'arrêt de la CJUE du 13 mai 2014, Google Spain SL, (C-131/12).

(22) CE, 8 février 2017, n° 393714, Société JcDecaux France.

(23) CE, 23 mars 2015, n° 353717, Association LexEEK pour l'accès au droit.

(24) CE, 18 novembre 2015, n° 372111, Thibault.

(25) CE, 19 juillet 2010, n° 317182, M. Fristot et Mme Charpy ; cf. également CE, 28 mars 2014, n° 361042, SNES.

(26) CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 317827, Association pour la promotion de l'image, Rec. p. 505 avec concl. J. Boucher.

(27) AJDA, 2012, p. 35, Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés.

(28) CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 317827, Association pour la promotion de l'image.

(29) Idem.

(30) CE, 19 juillet 2010, n° 317182, M. Fristot et Mme Charpy.

(31) CE, 7 mai 2012, n° 351396, Groupe d'information et de soutien des immigrés et autres.

(32) CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 317827, Association pour la promotion de l'image.

(33) CE, 28 mars 2014, n° 361042, SNES.

(34) CE, 15 décembre 2017, n° 403776, Société Odéolis.

(35) CE, 6 novembre 2017, n° 408224, M. Lozano, à propos du traitement automatisé de données de la direction générale de la sécurité intérieure (DGSI) dénommé CRISTINA.

(36) CE, 18 novembre 2015, n° 372111, Thibault.

(37) CE, 19 juillet 2010, n° 334014, M. Fristot.

(38) CE, 7 mai 2012, n° 351396, GISTI.

(39) CE, 15 octobre 2014, n° 358876, Union nationale du personnel en retraite de la gendarmerie et autres.

(40) CE, 19 juillet 2010, n° 334014, M. Fristot.

(41) CE, 7 juin 2017, n° 99446, M. Fabien Garrido.

(42) CE, 30 décembre 2015, n° 372230, Société les laboratoires Servier.

(43) CE, 24 août 2011, n° 336382, HSBC Private Bank (Suisse) SA.

(44) CE, 23 mars 2015, n° 353717, Association LexEEK pour l'accès au droit.

(45) CE, 4 juin 2012, n° 334777, Section française de l'observatoire international des prisons.

(46) CE, 19 juillet 2010, n° 334014, M. Fristot.

(47) « *Quis custodiet ipsos custodes ?* » Ainsi débutent les conclusions d'Edouard Crepey sur CE, 6 mai 2015, n° 366713, Syndicat des Copropriétaires « Arcades des Champs-Élysées ».

(48) CE, 21 novembre 1984, n° 58667, Kaberseli.

(49) CE, Assemblée, 21 mars 2016, n° 390023, Société NC Numericable.

(50) CE, Section, 27 octobre 1999, n° 196306, Solana, p. 333.

- <sup>(51)</sup> CE, 5 décembre 2011, n° 319545, M. Laffont.
- <sup>(52)</sup> CE, 19 juin 2017, n° 398442, M. Fabre ; 19 juillet 2017, n° 403987, Mme Barry-Brémond.
- <sup>(53)</sup> CE, 16 février 2015, n° 362781, M. et Mme Aslan.
- <sup>(54)</sup> CE, 18 décembre 2015, n° 381254, SARL Aderanet et autres.
- <sup>(55)</sup> CE, Assemblée, 24 février 2017, n° 391000, Mme Chupin.
- <sup>(56)</sup> CE, Ass., 16 février 2009, n° 274000, Société ATOM.
- <sup>(57)</sup> CE, 12 mars 2014, n° 353193, Pages Jaunes.
- <sup>(58)</sup> CE, 30 décembre 2015, n° 385019, Société Orange.
- <sup>(59)</sup> CE, 28 septembre 2016, n° 389448, Théâtre national de Bretagne, § 7.
- <sup>(60)</sup> CE, 30 décembre 2015, n° 385019, Société Orange, § 8.
- <sup>(61)</sup> CC, décisions n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, cons. 6 ; n° 2013-332 QPC du 12 juillet 2013, cons. 8.
- <sup>(62)</sup> CE, 18 février 2011, n° 322786, Banque d'Orsay et autres ; CEDH, 10 octobre 2006, Perssino c/ France, n° 40403/02.
- <sup>(63)</sup> CE, 30 décembre 2015, n° 376845, Société Juricom et associés.
- <sup>(64)</sup> CE, 26 mars 2012, n° 353193, Société Pages Jaunes.
- <sup>(65)</sup> CE, 18 novembre 2015, n° 371196, Société PS Consulting, reprenant une jurisprudence dégagée pour l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel (CE, 15 mai 2013, n° 356054, Société Alternative Leaders France ; CE, 15 décembre 2014, n° 366640, Banque populaire Côte-d'Azur).
- <sup>(66)</sup> CE, 19 juin 2017, n° 396050, Société Optical Center.
- <sup>(67)</sup> CE, 27 juillet 2012, n° 340026, Société AIS 2 ; 12 mars 2014, n° 354629, Société Foncia Groupe ; 18 novembre 2015, n° 384794, SARL Loc Car Dream.
- <sup>(68)</sup> CE, 30 décembre 2015, n° 385019, Société Orange.
- <sup>(69)</sup> CE, 23 mai 2015, n° 357556, Société Groupe DSE France.
- <sup>(70)</sup> CE, 28 septembre 2016, n° 389448, Théâtre national de Bretagne ; 19 juin 2017, n° 396050, Société Optical Center.
- <sup>(71)</sup> CE, 11 mars 2015, n° 372884, Société Election Europe.

# Le juge judiciaire et le droit au respect de la vie privée

Jean-Christophe Saint-Pau

Professeur de droit privé  
Doyen de la faculté de droit et science politique  
Université de Bordeaux

**Œuvre prétorienne.** - Indirectement visée dans des lois pénales du XIXe siècle relatives à la presse, la vie privée fut envisagée comme un intérêt juridiquement protégé par le juge civil par l'effet de deux techniques qui manifestent une véritable construction jurisprudentielle <sup>(1)</sup>.

**Réparation du préjudice.** - L'atteinte à la vie privée ouvre d'abord droit à réparation d'un préjudice moral causé par la faute de l'auteur de l'intrusion ou de la publication : l'action est alors fondée sur la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382.

**Cessation de l'illicite.** - L'atteinte à la vie privée ouvre ensuite droit à la cessation de la situation illicite dont la gravité peut justifier des mesures d'urgence, éventuellement restrictives des droits d'autrui : l'action est alors conduite devant le juge des référés sur le fondement, anciennement, de l'article 806 CPC, puis de l'article 809 NCPC.

**Image d'un cadavre.** - La première décision qui semble avoir protégé la vie privée en tant que telle est un jugement du tribunal civil de la Seine du 16 juin 1858 <sup>(2)</sup> qui admit que la sœur de la grande tragédienne, Élisabeth Félix, dite Mlle Rachel, était en droit d'interdire à un peintre de reproduire le portrait de l'actrice sur son lit de mort. Il fut ainsi jugé que *"nul ne peut sans le consentement formel de la famille reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort (...) le droit de s'opposer à une telle reproduction est absolu ; qu'il a son principe dans le respect que commande la douleur des familles et qu'il ne saurait être méconnu sans froisser les sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature et de la piété domestique"*.

**Atteintes intolérables.** - A partir de cette décision, l'œuvre prétorienne s'est développée au long des XIXe et XXe siècles avec comme point d'orgue des décisions impliquant des personnes célèbres, notamment l'acteur Gérard Philippe, et qui sanctionnent des atteintes intolérables à la vie privée par des mesures restrictives de la liberté d'expression <sup>(3)</sup>.

**Dispositif légal.** - Afin de mieux asseoir le pouvoir du juge civil (notamment au regard de DDHC, art. 11), d'affirmer positivement l'existence d'un droit au respect de la vie privée face à de nouvelles formes d'intrusions techniques, et d'en renforcer la protection, la loi du 17 juillet 1970 consacra un double dispositif civil et pénal. D'un côté, l'article 9 du code civil, dispose que *« Chacun a droit au respect de sa vie privée »* et envisage une action en réparation et en cessation de l'illicite par la voie du référé (C. civ., art. 9 al. 2). D'un autre côté, les articles 226-1 s. du code pénal sanctionnent l'espionnage audiovisuel d'autrui et son exploitation, ainsi que l'usurpation d'identité, et la divulgation de l'intimité sexuelle (C. pén., art. 226-2-1)

**Autonomie.** - Cette consécration législative a donné un nouvel élan à l'œuvre prétorienne qui a d'abord affirmé solennellement l'autonomie de l'article 9 du code civil au regard de la théorie de la responsabilité civile : *« la seule atteinte au droit au respect de la vie privée ouvre droit à réparation »* <sup>(4)</sup>. Cette affirmation permit de clore le débat, déclenché par l'école de Lyon incarnée par Paul Roubier, niant l'existence de droits subjectifs de la personnalité <sup>(5)</sup>.

**Distinction doctrinale : définition et pondération.** - La construction jurisprudentielle s'est ensuite orientée vers deux séries de questions qu'une analyse doctrinale permet de distinguer, en observant l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur celle de la Cour de cassation. La compréhension juridique d'un droit de la personnalité suppose de distinguer deux étapes, abstraite et concrète. La première consiste à appréhender le droit en tant que concept pour en proposer une définition permanente, à travers ses sujets et son objet. La seconde vise la mise en œuvre du droit, qui devient variable en fonction de la volonté de son titulaire, de l'ordre public et des droits des tiers. L'office du juge est donc de **définir** une prérogative, puis de **pondérer** les intérêts en présence, pour faire prévaloir, selon les circonstances, l'intérêt le plus légitime.

## I. Le juge judiciaire et la définition du droit au respect de la vie privée

**Sujet et objet du droit.** - Instituant un droit subjectif, l'article 9 du code civil use d'une formule générale pour indiquer le sujet (« chacun ») et l'objet (vie privée) de la prérogative ; c'est ainsi la casuistique jurisprudentielle qui

permet de préciser la définition de ces éléments subjectifs et objectifs.

## **A. Le juge judiciaire et la définition des sujets du droit**

**Egalité et Universalité.** – Etablissant un rapport juridique entre des personnes, le droit subjectif suppose toujours un sujet actif – le titulaire – et un sujet passif, débiteur d'une obligation de respecter la valeur objet du droit. L'une des caractéristiques fondamentales des droits de la personnalité tient à l'universalité de leur titulaire et de leur débiteur. Chacun a droit au respect de la vie privée, ce qui postule une égalité des titulaires et chacun est tenu de respecter la vie privée d'autrui, ce qui implique l'universalité des débiteurs.

### **1° Egalité des titulaires**

#### **a) Les personnes physiques**

**Egalité.** – Selon une jurisprudence constante judiciaire et européenne, toute personne quel que soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée : chacun « *doit pouvoir bénéficier d'une espérance légitime de protection* »<sup>(6)</sup>. Cette solution est impliquée par le principe d'égalité et d'universalité dans la jouissance des droits attachés à la personnalité juridique ; le principe de la protection ne dépend pas de la qualité des personnes, en sorte que le droit au respect de la vie privée est invocable par les personnes publiques ou anonymes.

**Personnes décédées.** – Consubstantiel à la personnalité, le droit au respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit<sup>(7)</sup>. En tant que droit extrapatrimonial, il n'appartient qu'aux vivants ; il est intransmissible.

**Vie privée posthume.** - Mais cette règle n'exclut pas une protection *post mortem* indirecte de la personnalité par l'action des ayants droit, impliquée par le principe de dignité humaine<sup>(8)</sup>. Civilement, les proches d'une personne peuvent s'opposer à la publication de l'image d'un défunt à la condition d'en éprouver **un préjudice personnel** déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû aux morts<sup>(9)</sup>. Pénalement, la fixation de l'image d'une personne vivante ou morte est prohibée par l'article 226-1 du code pénal<sup>(10)</sup>. Et les ayants droits peuvent se constituer partie civile en invoquant le préjudice découlant de l'infraction de fixation de l'image de leur proche parent (C. pén., art. 226-6).

#### **b) Les personnes morales**

**Distinction des droits.** - Dotées de la personnalité juridique, les personnes morales bénéficient de tous les attributs extrapatrimoniaux qui ne sont pas exclusivement attachés à l'humain.

**Consécration de droits extrapatrimoniaux.** - Dès lors en effet que ces personnes apparaissent comme une réalité juridique, technique et sociologique, ces groupements doivent être individualisés par un nom, et localisés par un domicile. Ainsi dotés d'un état civil, la jurisprudence française et européenne leur reconnaît alors des prérogatives relatives à ces attributs extrapatrimoniaux, objets de droits fondamentaux : droit au nom<sup>(11)</sup>, droit à l'inviolabilité du domicile<sup>(12)</sup>, droit au secret des correspondances<sup>(13)</sup>... Au-delà de ces éléments d'identification, la jurisprudence consacre un droit à l'honneur, dont la protection relève du droit de la presse<sup>(14)</sup>, distinct du droit au respect des produits, biens et services dont le dénigrement est sanctionné par la responsabilité civile<sup>(15)</sup>.

**Négation d'une vie privée des personnes morales** – Toutefois, la Cour de cassation juge que : « *Si les personnes morales disposent notamment d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil* »<sup>(16)</sup>. En conséquence, une société ne peut contester le système de télésurveillance installé dans un passage indivis permettant de filmer les allées et venues de son personnel. La protection s'arrête à la porte du local.

**Discussion.** - Cette décision est soutenue par une doctrine jusnaturaliste qui estime que les droits de la personnalité, fondés sur le principe de dignité, sont dénaturés lorsqu'ils sont affectés à un groupement. Cette position, qui postule inexactement que la personnalité et la vie privée sont de droit naturel, omet que les groupements sont le siège de valeurs sociales, utiles aux hommes, qu'il convient ainsi de protéger par le droit. Elle conduit en outre à une atomisation des droits de la personnalité, et à une distorsion injustifiable entre les jurisprudences européenne et française. Il n'y a pourtant rien d'extravagant à évoquer une vie privée de la personne morale qui, comme une personne physique, peut exiger le respect de la confidentialité des informations relatives à son organisation, son fonctionnement, et à ses relations : il s'agit de respecter la personnalité « organisationnelle » (nom, nationalité, domicile) et « fonctionnelle » (activités résultant de l'objet social) du groupement<sup>(17)</sup>.

**Confidentialité.** - Sans doute faut-il comprendre que la vie d'une personne morale n'est pas une vie personnelle, mais une vie institutionnelle et économique dont la confidentialité doit être assurée par d'autres voies

telles que le secret des affaires, le secret professionnel, le secret des correspondances ou encore l'inviolabilité du domicile. Les personnes morales n'ont peut-être pas strictement droit au respect de la vie privée, mais elles disposent d'un droit à la confidentialité des informations institutionnelles et économiques.

## 2° Universalité des débiteurs

**Universalité.** – Le devoir de respecter la vie d'autrui est universel, en sorte que la protection civile et pénale ne dépend pas de la qualité ou de l'autorité de l'auteur de l'atteinte. Le droit au respect de la vie privée est ainsi invocable dans toutes les relations sociales : familiales, contractuelles, institutionnelles, processuelles... Un salarié peut ainsi invoquer le respect de ses correspondances par son employeur <sup>(18)</sup>. Un époux peut se plaindre d'une atteinte à sa vie privée : « même lit ; rêves différents » (J. Carbonnier).

### B. Le juge judiciaire et la définition des objets du droit

**Objets.** – Le droit au respect de la vie privée confère des prérogatives civiles permettant d'en exiger le respect. Ces pouvoirs visent ensuite un intérêt moral : la vie privée.

#### 1° Pouvoir d'en exiger le respect

**Liberté et inviolabilité.** – L'article 9 du code civil exprime une prérogative **défensive** : le respect de la vie privée, c'est-à-dire son inviolabilité qui est garantie par des actions civiles et par les infractions d'espionnage audiovisuel des articles 226-1 et suivants. Mais cette inviolabilité présuppose une liberté de la vie privée. Dans une première analyse, le droit au respect de la vie privée fut restreint au droit au secret de l'intimité de la vie privée. Mais, sous l'influence de la jurisprudence européenne, le droit au respect de la vie privée est désormais un droit matriciel : un droit de contrôle des informations personnelles.

#### a) Contrôle des investigations et des divulgations

**Investigations.** - Le titulaire dispose d'abord du pouvoir de s'opposer à des investigations, et notamment des actes d'espionnages fussent-ils commandités par un employeur ou un assureur : « caractérise une immixtion illicite dans la vie privée d'une personne le fait de la faire épier, surveiller, suivre » <sup>(19)</sup>.

**Divulgations.** - Cette protection contre l'indiscrétion se double ensuite d'un pouvoir de s'opposer à une divulgation privée ou publique. L'atteinte publique à la vie privée ne relève pas de la loi du 29 juillet 1881 qui ne sanctionne que les atteintes publiques à l'honneur et à la considération, à l'authenticité, à la vérité, et certaines provocations.

#### b) Droit patrimonial au respect de la vie privée ?

**Prérogative extrapatrimoniale.** – Le droit de contrôle des informations personnelles peut parfois être comparé à un droit de propriété, qualification pourtant incompatible avec son inaliénabilité. Un droit de la personnalité est un droit extrapatrimonial qui ouvre des prérogatives auxquelles son titulaire ne peut renoncer à titre définitif <sup>(20)</sup>.

**Contrat.** - Cette règle est cependant nuancée par la contractualisation des attributs de la personnalité. Sous réserve de l'ordre public, une personne peut accepter des investigations et des divulgations de sa vie privée, et ainsi renoncer à titre temporaire et limité à l'exercice de ses pouvoirs, éventuellement en contrepartie d'une rémunération. Il est ainsi jugé que « *les dispositions de l'article 9 du Code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image (...)* relèvent de la liberté contractuelle » <sup>(21)</sup>.

**Responsabilité. - Biens.** – Cette patrimonialisation de la vie privée impliquée par le droit des contrats s'observe également sous l'angle du droit de la responsabilité et des biens lorsque quelques décisions de juges du fond admettent explicitement un monopole d'exploitation de la personnalité envisagé comme un droit patrimonial, que certains auteurs fondent sur la notoriété de la personne <sup>(22)</sup>. Il y a ainsi atteinte au droit à l'image par la reproduction non autorisée d'une photographie d'un artiste sur la jaquette d'une compilation, cet acte d'exploitation commerciale ne relevant pas de la liberté d'expression <sup>(23)</sup>.

## 2° Intérêt juridiquement protégé

**Matrice.** – L'article 9 du code civil, ainsi que l'article 8 CESDH constituent des « matrices » des droits de la personnalité <sup>(24)</sup>. Ils fondent la protection de la vie privée et de ses dérivés et vecteurs que sont le domicile, les correspondances, l'image et la voix.

#### a) Objet du droit matriciel

**Action et information personnelle.** – Corrélativement aux prérogatives qu'il contient – liberté et inviolabilité, l'objet du droit au respect de la vie privée est un ensemble d'actions et d'informations personnelles relatives à

l'identité et l'intimité. Chacun dispose ainsi d'un droit d'agir dans sa sphère personnelle et d'un droit de contrôle des informations individuelles.

**Identité.** - C'est d'abord l'identité des personnes qui est objet de vie privée, ce qui participe à la fois d'un droit à l'identité et à l'**anonymat**. De là, le nom, l'adresse, la localisation, les numéros d'identification sont des composantes de la vie privée <sup>(25)</sup>. S'agissant des **informations patrimoniales**, la jurisprudence subtile admet que le salaire d'un anonyme est objet de vie privée, réservant la liberté d'expression et de communication sur les informations patrimoniales des personnes notoires <sup>(26)</sup>.

**Intimité.** – Le concept de vie privée renvoie ensuite à l'intimité physique, morale et familiale. Chacun a ainsi droit au secret des informations médicales, de ses mœurs et sentiments, et de ses convictions religieuses, politiques et philosophiques. Mais il est jugé que *l'exercice d'une responsabilité au titre d'une appartenance politique, religieuse ou philosophique n'est pas une information privée*, de même que l'appartenance à la franc-maçonnerie <sup>(27)</sup>. Quant aux informations familiales (maternité, naissance, mariage, divorce...), elles sont en principe privées, sous réserve d'une révélation anodine d'un fait intéressant l'actualité <sup>(28)</sup>.

**Intimité sexuelle.** - La protection de l'intimité sexuelle est désormais renforcée au plan pénal (Incrimination du Revenge porn, C. pén., art. 226-2-1), ce qui conduit à un **émiettement** de la vie privée <sup>(29)</sup>.

## b) Objet des droits dérivés

**Domicile, correspondances, image, voix.** – Différents droits de la personnalité dérivent de la matrice vie privée, et peuvent ainsi se rattacher aux articles 9 C. civ. et 8 CESDH. Mais cette filiation n'exclut pas leur autonomie. Leur protection se fonde parfois sur d'autres sources, l'inviolabilité du domicile et des correspondances étant ainsi garantie par des incriminations spécifiques (C. pén., art. 226-4, 226-15). Surtout, l'intérêt protégé peut viser, au-delà de la vie privée, d'autres aspects de la personnalité. La Cour de cassation juge ainsi que les atteintes à l'image et la vie privée, constituent des sources de **préjudices distinctes**, ouvrant droit à des réparations distinctes, pourtant l'une et l'autre fondées sur l'article 9 C. civ. <sup>(30)</sup>.

## II. Le juge judiciaire et la pondération du droit au respect de la vie privée

Une étude exhaustive devrait conduire à analyser les sanctions civiles et pénales du droit au respect de la vie privée, telles qu'elles ont été interprétées par le juge judiciaire <sup>(31)</sup>. Pour s'en tenir au format plus précis de cette étude, l'attention peut se concentrer sur l'office du juge judiciaire qui consiste, comme pour son homologue européen, à pondérer le droit au respect de la vie privée au regard de l'ordre public et d'autres intérêts légitimes. Les critères de pondération sont subjectifs et objectifs.

### A. La pondération subjective au regard du consentement du titulaire

#### 1° Autorisation

**Autorisation personnelle.** - Lorsque le titulaire d'un droit de la personnalité accepte une atteinte, il exerce le droit subjectif et renonce à titre temporaire à la protection juridique. Pour être valable, cette autorisation doit d'abord être personnelle, car le droit est exclusivement attaché à la personne. Il en résulte que le consentement **des majeurs protégés et des mineurs** doit être sollicité dès lors qu'ils sont capables de discernement, l'autorisation des représentants légaux étant au surplus nécessaire <sup>(32)</sup>.

**Autorisation expresse ou tacite.** – La jurisprudence admet ensuite que l'autorisation peut être expresse ou tacite dès lors qu'elle est certaine <sup>(33)</sup>. Il en est ainsi lorsque l'atteinte est apparente, la passivité du titulaire permettant d'en déduire son acceptation (*comp. C. pén.*, art. 226-1).

**Autorisation spéciale.** – Le consentement est enfin spécial, ce qui impose aux juges une interprétation stricte. Constitue ainsi une atteinte à la vie privée une publication d'une image **qui ne respecte la finalité** prévue dans l'autorisation. La simple **tolérance et même l'acceptation expresse d'une publication antérieure ne légitiment pas une nouvelle publication** <sup>(34)</sup>. Cette jurisprudence classique est cependant **atténuée par le juge européen** par faveur pour la liberté d'expression : « *des informations, une fois portées à la connaissance du public par l'intéressé lui-même, cessent d'être secrètes et deviennent librement disponibles* » <sup>(35)</sup>.

#### 2° Contrat

**Liberté contractuelle.** – Si les droits de la personnalité sont inaliénables, leur titulaire peut librement conférer, à titre temporaire, gratuit ou onéreux, un droit d'utilisation d'un élément de la personnalité. La liberté contractuelle justifie par exemple la cession du droit à l'image <sup>(36)</sup>, qui se traduit par une renonciation de l'intéressé à la

protection.

**Révocation.** – Valablement formé s'il est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le contrat peut cependant être révoqué unilatéralement en raison du caractère personnel de l'objet du contrat. Cette révocation unilatérale sans motifs constitue un droit de repentir comparable à la prérogative dont dispose l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique (CPI, art. L. 121-4) ; le préjudice causé par la rétraction ouvre droit à indemnisation, la convention comportant à raison de son objet une faculté de dédit.

### **B. La pondération objective au regard d'intérêts concurrents**

**Liberté d'expression et droit à la preuve.** - Le droit au respect de la vie privée doit être concilié avec des intérêts antagonistes, et le juge judiciaire, à la manière du juge européen, opère une balance des intérêts. Deux exemples illustrent ce phénomène : le droit au respect de la vie privée peut entrer en conflit avec la liberté d'expression et le droit à la preuve.

#### **1° Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression**

**Identique valeur normative.** - Selon la Cour de cassation « *les droits au respect de la vie privée et la liberté d'expression revêtant, eu égard aux art. 8 et 10 Conv. EDH et 9 C. civ., une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt légitime* » <sup>(37)</sup>.

**Méthode : nécessité et proportionnalité.** - Cette décision exprime une méthode qui consiste d'abord à identifier les termes du conflit. Vie privée et liberté d'expression sont des droits fondamentaux relatifs trouvant leurs limites respectives l'un dans l'autre. Dès lors qu'aucune hiérarchie légale ne s'impose au juge judiciaire, son office est de rechercher des critères d'arbitrage qu'il trouve dans les principes de nécessité et de proportionnalité.

**Nécessité.** - **a)** L'atteinte à la vie privée ou à l'image doit d'abord être nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression. Selon la jurisprudence cette nécessité est impliquée par le lien direct entre l'information privée divulguée et un **événement public** ou **d'actualité** ou un **débat d'intérêt général**.

Exemples. - La Cour de cassation s'est ainsi appropriée la démarche de la Cour européenne des droits de l'homme en jugeant :

« *Mais attendu, d'abord, qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi Associé s c. France [GC], n° 40454/07, § 102 et 103) que, pour vérifier qu'une publication portant sur **la vie privée** d'autrui ne tend pas uniquement à satisfaire la curiosité d'un certain lectorat, mais constitue également une information d'importance générale, il faut apprécier la totalité de la publication et rechercher si celle-ci, prise dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, se rapporte à une question d'intérêt général ; qu'ont trait à l'intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité ;*

Ainsi, « *l'évocation des liens personnels unissant les protagonistes de l'opération de rachat de la société Albright & Wilson se trouve justifiée par la nécessaire information du public au sujet des motivations et comportements de dirigeants de sociétés commerciales impliquées dans une affaire financière ayant abouti à la spoliation de l'épargne publique et paraissant avoir agi en contradiction avec la loi* » <sup>(38)</sup>.

**Photographies.** - De même, est nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression, la publication de la photographie de personnes prises au cours d'une manifestation anti-PACS et accompagnée d'une légende en relation directe avec l'événement pour illustrer un article sur le PACS <sup>(39)</sup>.

**Orientation sexuelle.** - Est encore justifiée, la révélation de l'orientation sexuelle du secrétaire général d'un parti politique dans un ouvrage portant sur un sujet d'intérêt général dès lors qu'il se rapporte à l'évolution d'un parti politique qui a montré des signes d'ouverture à l'égard des homosexuels à l'occasion de l'adoption de la loi relative au mariage des personnes de même sexe <sup>(40)</sup>.

**Proportionnée.** – **b)** Nécessaire, l'atteinte doit encore être proportionnée. La disproportion est manifeste lorsque la publication contrevient au principe de **dignité** humaine, ce qui est le cas de la publication d'une photographie d'une personne publique assassinée <sup>(41)</sup>. Il peut être observé que le principe de la dignité humaine devient la seule borne absolue de la liberté d'expression et de communication portant sur des informations relatives à la vie privée d'autrui. Il est ainsi jugé :

« *Vu les articles 9 et 16 du code civil et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*Attendu que la liberté de la presse et le droit à l'information du public autorisent la diffusion de l'image de personnes impliquées dans un événement d'actualité ou illustrant avec pertinence un débat d'intérêt général, dans une forme librement choisie, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine » <sup>(42)</sup>.*

**Intrusions interdites.** - Mais le juge judiciaire analyse également la matérialité de l'atteinte, et notamment l'utilisation de techniques intrusives interdites, pour écarter certaines publications. Par exemple, « *le recours à des enregistrements au domicile d'une personne, sanctionné par la loi pénale, puis leur diffusion, constitue un trouble manifestement illicite, que ne saurait justifier la liberté de la presse ou sa contribution alléguée à un débat d'intérêt général, ni une information, au demeurant susceptible d'être établie par un travail d'investigation et d'analyse couvert par le secret des sources journalistiques* » <sup>(43)</sup>.

## 2° Droit au respect de la vie privée et droit à la preuve

**Produire et obtenir.** - Sur le fondement du droit au procès équitable, et inspirée par une doctrine ancienne et moderne <sup>(44)</sup>, le juge judiciaire a récemment consacré le droit à la preuve dans le procès civil<sup>(45)</sup>. Cette prérogative processuelle confère à un plaideur le droit de produire et d'obtenir des preuves sous le contrôle du juge civil qui, destinataire de l'offre ou de la demande de preuve, doit en apprécier l'utilité et la légitimité.

**Contrôle judiciaire.** - La nature du contrôle judiciaire de l'exercice du droit à la preuve est résumée dans un motif de principe d'un arrêt du 25 février 2016, rendu à propos d'une enquête privée diligentée par un assureur :

*« Le droit à la preuve ne peut justifier la production d'élément portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi » <sup>(46)</sup>.*

**Nécessité.** - Dans cette formule, on retrouve les critères de l'arbitrage judiciaire des droits que sont la nécessité et la proportionnalité. La nécessité est d'abord vérifiée au regard de l'**intérêt probatoire** de la pièce attentatoire à la vie privée qui se vérifie par son utilité ou sa pertinence au regard du fait à prouver.

**Subsidiarité.** - Une enquête peut permettre d'établir la fraude d'un assuré. Malgré son intérêt cette preuve peut encore être écartée en ce qu'elle apparaît subsidiaire car le fait à prouver pourrait être établi par une autre pièce ou une démarche probatoire réservant le droit au respect de la vie privée (mesure d'instruction). Une filature n'est pas nécessaire lorsque les informations qu'elle permet d'obtenir peuvent être recueillies par des vérifications administratives et un recueil d'information auprès de tiers.

**Proportionnalité.** - Nécessaire à l'exercice du droit à la preuve, l'atteinte à la vie privée doit encore être proportionnée. Le juge judiciaire pondère alors les intérêts en tenant compte, au cas par cas, de l'ampleur de l'intrusion sous l'angle matériel, géographique et temporel. Est ainsi disproportionnée une enquête généralisée réalisée à proximité du domicile et pendant plusieurs années <sup>(47)</sup> ; en revanche, la prise d'une photographie ponctuelle permettant d'établir qu'une personne ne porte pas de lunettes en conduisant reste proportionnée au but poursuivi <sup>(48)</sup>.

**Référé.** - Cette appréciation de la gravité et de la durée des atteintes constitue également le critère du pouvoir du juge des référés pour prononcer des mesures protectrices de la vie privée, et partant, restrictives des droits des tiers <sup>(49)</sup>. Il existe ainsi une cohérence d'ensemble de la jurisprudence judiciaire.

**Conclusion.** – Il ressort de ce panorama que la construction prétorienne repose sur une méthode qu'une analyse doctrinale permet de percevoir en deux sens. L'observation de la jurisprudence montre d'abord que le juge judiciaire interprète la norme civile pour définir le droit subjectif, et plus exactement ses sujets et son objet. Cette démarche est abstraite, impliquée par certains principes. Sous l'angle subjectif, les droits de la personnalité sont soumis au principe d'égalité et d'universalité ; attribués à chacun, ils doivent être respectés par tous. Sous l'angle objectif, la vie privée se définit au regard du principe de neutralité, en ce qu'elle ne dépend pas des personnes ou du contexte, mais d'une conception sociale fixée à un moment de l'histoire. Défini comme un concept, le droit au respect de la vie privée est ensuite confronté à d'autres droits et intérêts, ce qui conduit le juge judiciaire, dans une démarche concrète à élaborer des critères de pondération qui, à ce stade, tiennent compte des personnes, du contexte, et de la valeur des droits en conflits. Elaborant une technique, le juge judiciaire se livre alors à l'art du juste et du bon (*ars aequi et boni*) selon la traditionnelle définition du droit par Aristote.

- (1) Sur cette évolution, v. J.-Ch. Saint-Pau, *Traité des droits de la personnalité*, LexisNexis 2003. – Introduction au droit au respect de la vie privée, *Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 639.
- (2) DP 1858, jurispr. p. 62.
- (3) CA Paris, 13 mars 1965 : JCP G 1965, II, 14223 et sur pourvoi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 juill. 1966 : Bull. civ. 1966, p. 181, note Mimin. – Sur cette jurisprudence, *Droits de la personnalité*, op. cit. n° 1091 et 1407.
- (4) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 nov. 1996, n° 94-14.798 : Bull. I, n° 378 ; JCP G, II, 22805, note J. Ravanas.
- (5) Sur ce débat suranné, *Traité des droits de la personnalité*, op. cit. n° 370 s.
- (6) CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, n° 59320/00.
- (7) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 1999, n° 97-15.756.
- (8) A. Gogorza, in *Traité des droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013.
- (9) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2009, n° 08-10.557.
- (10) Cass. crim., 20 oct. 1998 (Aff. Mitterrand) : JCP G 1999, II, 10044, obs. Loiseau.
- (11) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1988 : JCP G 1989, II, 21301, Brichet.
- (12) Cass. crim., 23 mai 1995 : Bull. crim., n° 193. – CourEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88, §29. – 16 avril 2002, *Société Colas c. France*, § 40 et 41.
- (13) CourEDH, 16 oct. 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche* n° 74336/01 § 45
- (14) Cass. crim., 12 oct. 1976 : Bull. crim., n° 287.
- (15) Le fait pour des associations de défense de l'environnement de reproduire le logo d'une entreprise assorti de poissons morts ou mal en point ne vise pas la société mais les marques déposées par elle et en conséquence les produits ou services qu'elles servent à distinguer, ce qui justifie l'application de l'art. 1382 anc [1240 nouv.]. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 avr. 2008, 07-11.251 : D. 2008. 2402, note Neyret ; JCP 2008. II. 10106, note Hugon
- (16) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2016, n°15-14072
- (17) V. plus largement, J.-Ch. Saint-Pau, *Le droit au respect de la vie privée des personnes morales*, *Mélanges Frédéric Sudre*, Dalloz, 2018.
- (18) Cass. soc. 2 oct. 2001, *Sté Nikon France* : Bull. civ. V, n° 291.
- (19) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janv. 2000 : Bull. civ. I, n° 26.
- (20) Sur ce débat, v. J.-Ch. Saint-Pau, *Traité des droits de la personnalité*, op. cit. n° 1148 s. et les auteurs cités.
- (21) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494.
- (22) J.-M Bruguière, *Droits patrimoniaux de la personnalité* : RTD civ. 2016, p.1
- (23) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2009 : n° 08-11.112.
- (24) J.-Ch. Saint-Pau, *L'article 9 C. civ., Matrice des droits de la personnalité* : D. 1999, p. 41. – G. Loiseau, JCP G 1998, II, 10082.
- (25) CEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*.
- (26) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2007 (huit arrêts) : n° 06-18.448. – CEDH, 23 juill. 2009, n° 12268/03, *Hachette Filipacchi Associés c/ France*.
- (27) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juil. 2005 : n° 04-11.732. – 24 oct. 2006 : n° 04-16.706.
- (28) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 févr. 2004 : n° 02.11.122.
- (29) A. Lepage, *L'article 226-2-1 du code pénal, la nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée* : *Communication, commerce électronique 2017*, ét. N° 3. – J.-Ch. Saint-Pau, *L'incrimination des atteintes à*

l'intimité sexuelle par l'article 226-2-1 du code pénal.

(30) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2000 : n° 98-21.161.

(31) V. Traité des droits de la personnalité, op. cit. n° 1393 s.

(32) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1972 : JCP G 1972, II, 17209.

(33) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2008, n° 06-16.278.

(34) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 janv. 1971 : D. 1971, 263.

(35) CEDH, 23 juill. 2009, op. cit.

(36) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 déc. 2008 : 07.19-494.

(37) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juillet 2003 JCP 2003, II, 10139.

(38) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15.22-946.

(39) Cass. 2<sup>e</sup> civ. 11 déc. 2003 : Bull. n° 385.

(40) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 avr. 2015 : D. 2016, 277, obs. Dreyer.

(41) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2000 : n° 98-13.875.

(42) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mars 2017, n° 15-28813.

(43) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 2014 : D. 2014, 1497.

(44) A. Bergeaud, Le droit à la preuve, coll. Bibl. dr. Privé, t. 525, LGDJ, 2010

(45) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 2012 : Bull. n° 85.

(46) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 2016 : D. 2016, p. 884, note J.-Ch. Saint-Pau. – Voir également, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 sept. 2016 : n° 15.24-015.

(47) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 2016 : préc.

(48) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 sept. 2014 : 13.22-612.

(49) V. Traité des droits de la personnalité, op. cit. n° 1143 s.

# Le juge judiciaire, la liberté de création et le droit au respect de la vie privée : l'exemple des œuvres d'art

Anne Emmanuelle Kahn

Maître de conférences de droit privé – HDR  
Droits, contrats, territoires (EA 4573)  
Université Lumière Lyon 2

La question qui se pose au juge judiciaire face à cet objet d'étude particulier que représentent les créations, parmi lesquelles les œuvres de fiction, est celle de la conciliation du droit au respect de la vie privée avec la liberté d'expression et plus spécifiquement la liberté de création, qui, placée dans son orbite <sup>(1)</sup>, est aujourd'hui consacrée en tant que telle par la loi du 7 juillet 2016 <sup>(2)</sup>. Il est indéniable que le contentieux relatif à la liberté d'expression le plus abondant concerne la presse. Mais les créations de journalistes (articles, livres ou documentaires d'enquête), si elles peuvent être qualifiées d'œuvres du point de vue du droit d'auteur, ne sont pas revendiquées comme telles dans le cadre du conflit avec le droit au respect de la vie privée. C'est en réalité bien plus le droit d'informer qu'agite le journaliste que sa liberté de créer. Cependant, cet important contentieux influence largement le juge lorsqu'est en jeu la liberté de création des auteurs d'autres œuvres. Certaines solutions sont transposées à l'identique. Pour autant, les œuvres de fiction présentent des particularités qui justifient que l'on s'y arrête.

Par ailleurs, s'agissant du champ des œuvres concernées, ce sont essentiellement les œuvres littéraires et audiovisuelles par lesquelles les auteurs sont susceptibles de porter atteinte au droit au respect de la vie privée d'autrui, même si les photographies peuvent être le support d'une atteinte au respect de la vie privée <sup>(3)</sup>. Et de ce point de vue, les problématiques les plus compliquées et les plus intéressantes sont sans conteste celles touchant aux œuvres fictionnelles.

Il faut d'emblée relever que nous sommes face à un conflit opposant deux droits/libertés de même valeur normative <sup>(4)</sup>, supralégale, tous deux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, à l'article 8 pour le droit au respect de la vie privée et à l'article 10 pour la liberté d'expression, à laquelle est rattachée la liberté de création artistique. Et les deux textes envisagent dans une formulation équivalente une restriction possible de ces droits, à condition qu'elles soient prévues par la loi, visent un but légitime et présentent un caractère de nécessité dans une société démocratique <sup>(5)</sup>. Dans le conflit entre deux droits fondamentaux, c'est précisément l'appréciation de cette dernière condition qui fait difficulté.

L'on sait que, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH <sup>(6)</sup>, le juge français n'a pas établi de hiérarchie entre ces normes. En effet, si la jurisprudence a pu considérer un temps que les droits de la personnalité étaient des droits quasi-absolus <sup>(7)</sup>, au risque d'entraîner des censures excessives, il est désormais acquis qu'ils ne sont que des droits relatifs <sup>(8)</sup>. De la même manière, si la liberté de création, condition d'existence des œuvres, est indispensable à toute société démocratique comme le souligne la CEDH dans son arrêt Müller <sup>(9)</sup> et à sa suite les juges du fond <sup>(10)</sup>, il n'en demeure pas moins que cette liberté connaît des limites. Ainsi, l'auteur n'est pas totalement libre dans l'expression de sa créativité. Quelle que soit la forme artistique de l'œuvre, il ne peut s'exprimer, créer, que dans le respect des droits d'autrui et des intérêts particuliers des tiers <sup>(11)</sup>.

Chacun de ces deux droits subjectifs peut trouver une limite légitime en l'autre, un intérêt concurrent qui vient en balance. Or, ces deux normes protègent des intérêts contradictoires puisque l'œuvre conduit à la divulgation publique de la vie privée d'autrui alors que le respect de la vie privée protège l'anonymat et l'intimité des faits personnels. Dès lors, la confrontation entre ces droits concurrents portant sur le même objet (le fait intime attaché à la personne) est inévitable.

La problématique qui se pose au juge judiciaire est alors celle de savoir comment laisser libre cours à l'expression artistique de l'auteur tout en préservant la vie privée des tiers. Cela revient à se demander quelle est l'étendue de la liberté de création dévolue à l'auteur et quelles en sont les limites, notamment au regard du champ d'application du droit au respect de la vie privée. Car si ce dernier constitue une limite légitime à la liberté de création, les tiers ne doivent pas pouvoir s'en prévaloir trop systématiquement, « *au risque d'entraver la création littéraire, voire d'en supprimer certains genres* » <sup>(12)</sup>.

Comme le résume clairement un auteur <sup>(13)</sup>, l'hypothèse qui sert de base à la réflexion peut être schématisée de la manière suivante : une action engagée devant le tribunal de grande instance, intentée contre l'auteur d'une œuvre (de fiction) et celui qui l'exploite (éditeur, producteur...). Le demandeur invoquant une atteinte au respect de sa vie privée sur le fondement de l'article 9 du code civil, va requérir, selon le type d'œuvre et les circonstances de l'atteinte, et parfois en référé (sur le fondement de l'article 9 ou de l'article 809 du Code de procédure civile), la production préalable d'un scénario ou d'un manuscrit, la saisie d'un livre, l'interdiction de la diffusion ou de la sortie

d'un film, d'un docufiction, la suppression de certains passages de l'œuvre et/ou une indemnisation.

Le champ de la vie privée relevant de l'article 9 du code civil identifié comme matrice des droits<sup>(14)</sup> qui est concerné par ce contentieux précis, touche à l'intimité personnelle, donc aux éléments de la vie privée *stricto sensu*, comme l'état de santé de la personne, sa vie familiale, sentimentale, ses orientations sexuelles, ses états d'âme, ses sentiments. Il ne sera pas question du droit à l'image, bien qu'il relève également de l'article 9, dans la mesure où dans les œuvres fictionnelles, contrairement aux œuvres photographiques et au contentieux relatif à la presse, ce sont des faits qui sont révélés et non l'image des personnes qui est diffusée.

Le juge saisi doit donc arbitrer ce conflit de normes, afin de préserver la vie privée des personnes sans devenir censeur de l'art. Or, en l'absence de toute hiérarchie, il n'existe aucune solution « dogmatique », *a priori* à ce conflit. Finalement, la méthode du juge judiciaire est celle du juge européen - bien connue des spécialistes des droits fondamentaux - reposant sur le principe de proportionnalité qui marque indubitablement l'évolution jurisprudentielle récente<sup>(15)</sup>. Cette recherche d'équilibre par une mise en balance des droits s'exerce tant sur la caractérisation de l'atteinte que sur la sanction retenue qui devra être proportionnée au but recherché. La CEDH considère ainsi qu'une restriction est proportionnée au but légitime poursuivi si elle répond à un « *besoin social impérieux* », ce qui suppose qu'elle soit fondée sur des motifs « *pertinents et suffisants* »<sup>(16)</sup>.

C'est bien cette obligation de pondération des droits et intérêts qui est affirmée par la Cour de cassation dans une décision du 9 juillet 2003 relative à un feuilleton littéraire. Ces droits revêtant « *u ne identique valeur normative* », le juge saisi a ainsi le devoir « *de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »<sup>(17)</sup>. La Cour de cassation assume là sa volonté de prendre à sa charge le contrôle de proportionnalité<sup>(18)</sup>, conformément aux critères posés par la CEDH qui laisse une grande marge de manœuvre aux Etats dans la mise en œuvre de ce contrôle<sup>(19)</sup>. Cette position s'inscrit en réalité dans la réflexion plus générale, qui dépasse le seul champ de la propriété intellectuelle, initiée par le premier Président de la Cour de cassation sur l'évolution de la motivation de la Cour<sup>(20)</sup>.

Cette mise en balance des intérêts représente une solution très pragmatique, comme le relève la CEDH<sup>(21)</sup> qui implique un contrôle *in concreto* conduisant à un droit fortement contextualisé et jurisprudentiel qui émancipe le juge judiciaire<sup>(22)</sup>. Certains verront dans cette méthode qui confère un caractère casuistique à ce contentieux particulier, le signe d'une justice plus souple et plus adaptée, d'autres celui d'une justice plus aléatoire et moins sécurisante pour les auteurs. Il est certain que la recherche d'équilibre est en réalité largement illusoire puisqu'un intérêt (selon les cas celui de l'auteur ou celui de la personne dont la vie privée est utilisée) va nécessairement faire céder l'autre<sup>(23)</sup>.

Quoi qu'il en soit, il est indispensable de pouvoir préciser et circonscrire le périmètre de chacun des droits. Il s'agit alors d'identifier les critères judiciaires qui permettent de réaliser cet équilibre entre vie privée et liberté de création, critères sur lesquels va ensuite s'exercer le contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation vérifiant que le juge a bien procédé à la mise en balance des intérêts.

S'agissant du cas particulier des fictions, la jurisprudence est assez fluctuante en raison de leur grande diversité, ce qui rend délicate toute entreprise de systématisation. D'autant que si la Cour de cassation s'empare du contrôle de proportionnalité et vérifie que la mesure est bien proportionnée à l'atteinte relevée, elle ne détermine pas en quoi les motifs des juges du fond sont pertinents et suffisants. Elle n'a dégagé pour l'instant aucune véritable méthode d'analyse. Cela n'empêche évidemment pas de tenter d'en tirer quelques enseignements au regard de la nécessité, au nom de la défense de la vie privée, de l'atteinte à la liberté de création et de l'équilibre des droits (I). Cependant, l'insuffisance de prise en considération par le juge de la nature non seulement fictionnelle mais aussi artistique des œuvres au sens du droit d'auteur, pour juger de la proportionnalité des atteintes, conduit parfois à une certaine remise en question de l'équilibre des intérêts au profit du droit au respect de la vie privée (II).

### **I/ Le régime d'application du droit au respect de la vie privée face à la liberté de création : une apparence d'équilibre entre les droits**

Avant d'examiner la méthode de conciliation du juge judiciaire, il convient de cerner rapidement ce que sont les œuvres de fiction, littéraires ou audiovisuelles. On oppose classiquement la réalité, ce qui existe « en vrai » et la fiction, création issue de l'imagination d'un auteur. Cette opposition, qui présuppose une distinction nette entre fiction et réalité, est évidemment très caricaturale. En effet, mises à part quelques créations purement fictives, les auteurs se sont toujours inspirés soit de la société qui les entoure (faits divers, affaires politiques...), ce qui donne lieu à ce qu'on appelle les alterfictions, soit de leur propre réalité de vie, de leurs souvenirs partagés, incluant ainsi leur entourage, ce que l'on nomme les autofictions. De nombreux écrits littéraires (romans, biographie, ...) ou œuvres audiovisuelles (documentaires, téléfilms, films...) sont finalement des transcriptions d'une réalité qui est parfois très intime.

Il n'existe donc pas une mais des formes de fictions. Certaines intègrent les faits réels pour s'en échapper et les détournent pour laisser place à l'imaginaire. D'autres, au contraire, restent ancrées dans la réalité, l'auteur cherchant à donner sa vision personnelle et subjective de cette réalité, qu'il s'appuie sur un fait divers ou qu'il utilise sa propre vie privée. Ce qui peut évidemment être source de conflit, l'interprétation de la réalité par l'un ne correspondant pas toujours à l'interprétation de la réalité par l'autre. Les docufictions ou fictions du réel, traitements scénarisés d'événements ou de sujets de société, bousculent clairement la distinction entre le réel et l'imaginaire. Certains auteurs revendiquent d'ailleurs cet ancrage réel, alors même que leur œuvre est présentée comme un roman. Ces œuvres qui, même à travers des personnages, collent à la réalité rendent nécessairement plus fragile la nature fictionnelle de l'œuvre <sup>(24)</sup>.

Néanmoins, l'auteur, contrairement à l'historien, au biographe ou au journaliste, tout en utilisant la réalité cherche à la transcender. La fiction est une réalité réinventée et plus ou moins masquée, travestie. Elle engendre une transformation du réel <sup>(25)</sup>, ce qui ne doit pas être sans conséquence dans l'analyse par le juge de son rapport avec la vie privée d'autrui.

Quelle est alors la méthode de conciliation du juge judiciaire pour trancher le conflit entre liberté de création et vie privée ? La lecture des décisions montre que le juge procède à la mise en balance des droits en s'appuyant sur des critères d'analyse qui permettent d'éviter l'arbitraire et de préserver la fonction essentielle des droits en cause. Plusieurs règles peuvent ainsi être dégagées de la jurisprudence qui rendent possible la détermination du champ d'application du droit au respect de la vie privée et des limites qu'il peut poser à la liberté de l'auteur d'œuvres fictionnelles.

S'agissant tout d'abord de l'objet des droits, la Cour de cassation, d'une manière relativement sévère et catégorique, considère que le respect de la vie privée s'impose avec davantage de force à l'auteur d'une œuvre de fiction (donc à la liberté de création) qu'au journaliste remplissant sa mission d'information <sup>(26)</sup>. C'est ce qu'il ressort par exemple d'un arrêt important du 30 septembre 2015 rendu à propos du programme audiovisuel *Intime conviction* s'appuyant sur une affaire criminelle. La Cour a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que si l'auteur peut s'inspirer de faits réels, les faits intimes, même déjà divulgués dans le cadre du procès, ne peuvent être licitement repris dès lors que l'œuvre en cause « est une œuvre de fiction et non un documentaire ou une émission d'information » <sup>(27)</sup>. Comme l'a souligné la cour d'appel de Paris dans une affaire relative à un roman de Philippe Besson, cette distinction s'expliquerait par l'impossibilité pour un écrivain de revendiquer le droit à l'information ou à la contribution à un débat d'idées pour justifier la nécessité de l'atteinte à la vie privée <sup>(28)</sup>. Le journaliste informe, l'auteur divertit. C'est malheureusement une vision bien réductrice de la contribution de l'auteur de fictions à la société qui l'entoure. Pourquoi postuler qu'une œuvre de fiction ne peut, en raison de son caractère à la fois fictionnel et artistique, participer à un débat d'intérêt général ? <sup>(29)</sup> En effet, combien de romans ou de films ont suscité un débat d'idées bien mieux qu'un article de journal ? La solution risque de brider l'imagination des créateurs alors même que leur marge de manœuvre est déjà restreinte en matière de fictions-réalité <sup>(30)</sup>.

Mais cette décision constitue surtout une remise en cause par la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation de la jurisprudence qui prévalait depuis la décision Enrico du 3 juin 2004 rendue à propos du film *Fait d'hiver* relatif à un drame familial et dans lequel la 2<sup>e</sup> chambre de la Cour de cassation jugeait que « la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée » <sup>(31)</sup>. Elle considérait ainsi que l'auteur pouvait puiser son inspiration et réutiliser les faits rendus publics, qu'il s'agisse de faits divers ayant connu un grand retentissement médiatique ou que l'auteur soit à l'origine de la publicité des faits litigieux <sup>(32)</sup>. Cette position a été régulièrement reprise par les juges du fond <sup>(33)</sup>. Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a infirmé l'ordonnance de référé <sup>(34)</sup> qui avait mis à la charge du producteur d'un téléfilm intitulé *L'affaire Ranucci : le combat d'une mère*, « l'obligation de communiquer aux parents de la victime la copie standard du scénario au motif qu'il ne pouvait être exclu que le téléfilm – dont le tournage était déjà achevé – porte atteinte au droit au respect dû à l'intimité de la vie privée ». La Cour a en effet estimé que les faits ayant déjà été livrés à la connaissance du public, « la communication du scénario du téléfilm avant la divulgation, porterait atteinte aux principes de la liberté de création et d'expression » <sup>(35)</sup>.

La Cour consacrait ainsi la liberté de re-divulgation au profit des auteurs. Ces faits constituant une sorte de matériau d'inspiration librement utilisable, de fonds commun au service de l'imaginaire des auteurs, échappaient a priori à un contrôle au nom du droit au respect de la vie privée, réduisant par là-même le champ de ce droit, « sauf à démontrer que l'écrivain a manifesté, à leur égard, une volonté particulière de nuire » <sup>(36)</sup>. Aucun droit à l'oubli n'était consacré au bénéfice des protagonistes <sup>(37)</sup>, les faits concernant les personnes décédées étant par ailleurs librement utilisables <sup>(38)</sup>. Ces solutions s'inscrivaient dans une jurisprudence assez constante et favorable à la liberté de création, ce que certains critiquaient d'ailleurs. De ce point de vue, le changement brutal de perspective instauré par la Cour de cassation en 2015 est contestable dans la mesure où il se fonde sans raison sur le seul genre de l'œuvre.

D'autant que c'est aussi la position de la Cour lorsque les faits intimes n'ont encore jamais été divulgués,

situation nécessairement plus sensible pour les personnes concernées. Dans une décision du 9 juillet 2003 <sup>(39)</sup>, à propos d'un roman feuilleton intitulé *Le roman vrai du Docteur G.*, la Cour a considéré que l'atteinte relevait non pas des exigences de l'information, mais du « seul agrément des lecteurs », ce qui ne pouvait justifier d'utiliser des faits intimes et de porter par là-même atteinte à la vie privée. Lorsque sont utilisés des faits très personnels qui n'ont jamais été dévoilés, le droit au respect dû à la vie privée retrouve de sa force <sup>(40)</sup>. Ce qui pose évidemment problème concernant les autofictions et récits autobiographiques. En effet, racontant sa vie, l'auteur ne peut faire autrement que d'épingler, ce faisant, celle des personnes qui l'ont partagée. Si à une époque la jurisprudence a pu considérer que le genre autobiographique permettait la divulgation de l'intimité des tiers ayant partagé la vie privée de l'auteur, sans leur consentement <sup>(41)</sup>, il a ensuite été jugé dans une vision peu favorable à la création, que « le genre autobiographique comporte un risque inévitable d'une certaine intrusion dans l'intimité d'autrui » qui nécessite une autorisation préalable <sup>(42)</sup>. Ainsi, là encore, ce qui est tolérable pour les besoins de l'information ne l'est pas lorsqu'il ne s'agit que de divertir les lecteurs ou les spectateurs.

En revanche, les juges du fond ont souvent une position moins tranchée et ils ne limitent pas par principe la liberté de création de l'auteur, même pour les faits non encore divulgués <sup>(43)</sup>. Ainsi, dans une affaire relative à un roman de Nicolas Fargues, les juges, bien que reconnaissant « la souffrance éprouvée » par son ex-épouse, ont considéré que le genre littéraire de l'autofiction « qui prend très directement sa source dans la vie réelle de l'auteur et, par voie de conséquence, dans celle de ces personnes qui [...] partagent son existence ou y sont mêlées, doit, sous peine de disparaître, pouvoir être pratiqué dans un maximum de sécurité juridique et ne saurait être entravé, voire annihilé, par une protection trop rigoureuse de la vie privée des personnes concernées » <sup>(44)</sup>.

Lorsque les faits n'ont jamais été révélés, la méthode du juge judiciaire (principalement de la 1<sup>re</sup> chambre du TGI de Paris et du juge de référés) dans la recherche d'un équilibre, comporte deux étapes qui font l'objet du contrôle de la Cour de cassation.

La première, condition préalable de mise en œuvre du droit au respect de la vie privée, consiste à vérifier que la personne qui argue de son droit est identifiable et reconnaissable par ses proches ou son entourage <sup>(45)</sup> ou par le public en raison de la médiatisation des faits relatés dans l'œuvre en cause <sup>(46)</sup>. Ce critère de l'identification est central dans l'analyse du juge <sup>(47)</sup>. On attend de l'auteur, écrivain comme réalisateur, qu'il travestisse suffisamment ses personnages tirés du réel pour les intégrer dans une véritable fiction et qu'ils perdent toute réalité. De ce point de vue, le seul changement de nom des personnes est insuffisant et les précautions qui sont parfois prises par l'auteur ou l'éditeur / producteur qui mentionne « roman » ou « toute ressemblance avec des personnes ayant existé ne serait que fortuite ou que pure coïncidence », ou même « œuvre inspirée de », sont des avertissements illusoires qui ne créent aucune immunité en faveur de l'auteur et des exploitants <sup>(48)</sup>. A l'inverse, le fait d'employer de vrais noms ou vrais lieux ne disqualifie pas automatiquement l'œuvre fictionnelle <sup>(49)</sup>. Plus la personne est connue, plus grand sera le risque qu'elle soit identifiable <sup>(50)</sup>.

La seconde étape de l'analyse, lorsqu'il y a identification possible, repose sur l'appréciation du caractère des faits divulgués et de leurs conséquences au regard du préjudice subi. Seule la divulgation de faits graves car très intimes pourra justifier une atteinte à la liberté de création <sup>(51)</sup>. La gravité est ainsi érigée en « élément constitutif de l'atteinte à la vie privée » <sup>(52)</sup>. Dans une affaire relative au livre *Les Petits* de Christine Angot, le fait de dévoiler la vie d'une personne « dans ses moindres détails, des plus quotidiens aux plus intimes, concernant sa conjugalité – sexualité, maternité, disputes, modes de vie » a pu constituer une atteinte portée à sa vie privée <sup>(53)</sup>. A l'inverse, des faits anodins pourront être divulgués <sup>(54)</sup>. En réalité, la Cour de cassation les exclut même de la notion d'atteinte, ce qui constitue finalement une restriction du champ de la protection de l'article 9 <sup>(55)</sup>. Reste évidemment à savoir ce qu'est un fait anodin, en fonction des circonstances et des personnes visées.

Pour conforter son analyse, le juge s'appuie non seulement sur les éléments factuels qui entraînent un préjudice d'une particulière gravité, mais aussi sur des critères qui sont pour partie ceux de la CEDH <sup>(56)</sup>, tenant à la contribution à un débat d'intérêt général, à la forme et aux répercussions de la publication, à la notoriété de la personne, à son âge, à son comportement antérieur - lorsque la personne a tardé à se plaindre d'une atteinte <sup>(57)</sup> ou a permis dans d'autres occasions l'utilisation de sa vie intime <sup>(58)</sup> - ou encore aux intentions de l'auteur, aux mobiles qui l'animent et qui peuvent aggraver l'atteinte <sup>(59)</sup>.

Mais la particularité du contentieux relatif aux œuvres de fiction tient au fait que la gravité de l'atteinte résulte parfois de ce que l'auteur mêle des éléments réels à des éléments imaginaires, entraînant un risque d'amalgame, de confusion pour le public entre le vrai et le faux. Ce qui conduit à remettre en cause le caractère fictionnel des œuvres, avec pour conséquence de faire prévaloir le droit au respect de la vie privée sur la liberté de création. Pour évaluer ce risque de confusion, le juge se met à la place du public qui réceptionne l'œuvre, ce qui suppose de comprendre le mécanisme sur lequel reposent les fictions. En effet, la fiction suppose une mise à distance consciente de la réalité par l'auteur. Le personnage d'un roman, même inspiré d'une personne existante, est passé au prisme de l'imagination de l'auteur qui le réinvente, si bien qu'il ne se confond ni avec son modèle ni avec son auteur, même si certains s'identifient à leur personnage comme Flaubert à Emma Bovary. Les mots que l'auteur

prête à son personnage ne sont pas nécessairement le reflet de sa propre pensée, si bien que même l'utilisation du « je » narratif n'empêche pas la fiction. Le droit se doit donc de distinguer le personnage et l'auteur.

Mais la fiction est aussi « *une feintise partagée* » selon la formule du philosophe John Searle<sup>(60)</sup>, en ce sens que l'auteur sait qu'il raconte une histoire, fût-elle proche de la réalité, et le public comprend qu'il n'est pas dans le réel. Il n'y a donc aucune tromperie du public mais un pacte fictionnel ou convention de lecture qui lui est proposé, qu'il comprend et qu'il accepte. L'auteur de fiction est libre d'emmener son public dans son univers, passant du vrai au faux, sans avoir à en justifier car le lecteur ou le spectateur sait qu'il est transporté dans un univers parallèle, entre réalité et fiction.

C'est bien à la recherche de l'existence de ce pacte et de sa réception par le public que se livre le juge. Il s'agit d'un critère central de son analyse. La fiction ne sera à l'abri de la critique et ne permettra d'écarter le grief d'atteinte à la vie privée, qu'à condition que cette feintise soit effectivement partagée. Dès lors que l'auteur brouille dans l'esprit du public les éléments réels et fictifs au point que l'imaginaire devient vraisemblable, le juge fait prévaloir le respect de la vie privée, considérant que le pacte fictionnel est rompu. Ce qui est sanctionné, c'est cet « amalgame » et le non respect par l'auteur de ses propres règles de fictionnalité qui devaient permettre cette distanciation et que le public pouvait connaître. C'est ce qui ressort de plusieurs décisions des juges du fond, notamment celle rendue à propos du livre de Philippe Besson<sup>(61)</sup>, même si on relève des décisions plus favorables aux créateurs<sup>(62)</sup>. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que s'il peut s'inspirer de la vie de personnes réelles, l'auteur ne saurait « *empiéter sur le terrain de leur vie privée dès lors que l'œuvre ainsi réalisée ne présente pas clairement les éléments ressortant de celles-ci comme totalement fictifs* ». Si bien que « *ces éléments fictifs deviennent ainsi partie intégrante de l'œuvre et il n'est pas loisible de les différencier de ce qui appartient à la vie privée du Docteur Jean-Louis Muller* »<sup>(63)</sup>.

S'il ressort de ces éléments qu'un contrôle de proportionnalité est exercé par la mise en balance des droits et que les critères d'analyse développés par le juge judiciaire conduisent globalement à un certain équilibre des intérêts, il semble cependant qu'au-delà même de la discrimination au regard des œuvres journalistiques, cette mise en balance tient insuffisamment compte de la spécificité des œuvres de fiction et de la liberté de création au sein de la liberté d'expression pour juger de la proportionnalité de l'atteinte.

## **II/ La prise en compte très limitée du caractère artistique de l'œuvre de fiction : une remise en cause de l'équilibre au profit du droit au respect de l'œuvre**

Si la méthode du juge qui consiste à vérifier, par l'analyse des procédés narratifs, que le public est bien en mesure de comprendre et d'adhérer au pacte fictionnel mis en place par l'auteur, mérite en elle-même d'être approuvée, les conséquences qui en résultent peuvent laisser perplexes. En effet, à la lecture d'un certain nombre de décisions, il apparaît finalement que le juge sanctionne le fait que les éléments de fiction deviennent trop crédibles pour le lecteur ou le spectateur. Cette solution est non seulement sévère mais aussi contestable à plusieurs titres.

Tout d'abord, relativement à l'objet du droit à la vie privée, la solution conduit de manière paradoxale et excessive, à élargir le champ d'application du droit au respect de la vie privée pour l'appliquer à la vie privée fictive. En effet, peu importe pour le juge la véracité ou la fictivité du fait intime divulgué. La Cour de cassation est très claire sur ce point puisqu'elle considère qu'« *une œuvre de fiction, appuyée en l'occurrence sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, ne peut leur en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect de la vie privée* »<sup>(64)</sup>. La Cour n'exige même plus la caractérisation d'un risque de confusion pour le public entre réalité et fiction, contrairement aux décisions antérieures<sup>(65)</sup>. Or, soit le fait intime est réel et il relève du droit au respect de la vie privée, soit il est imaginaire, et l'article 9 du code civil ne peut pas être invoqué. La personne visée, qui peut à juste titre être heurtée de devenir fictivement prostituée, parricide ou de se voir prêter une liaison, doit agir sur d'autres fondements comme la diffamation, l'injure ou l'atteinte à l'honneur, ce qui est parfois le cas<sup>(66)</sup>. Mais pas sur le fondement de la vie privée<sup>(67)</sup>. D'autant que l'action intentée sur ce fondement risque en réalité de confirmer l'ambiguïté, le doute dans l'esprit du public quant à la réalité des faits divulgués, ce qui est tout à fait contreproductif pour la personne cherchant à protéger sa vie privée.

Par ailleurs, et relativement cette fois à l'objet de la liberté de création, il faut rappeler que c'est le propre des œuvres fictionnelles que de mêler réel et imaginaire. Il ne faudrait pas oublier que la fictionnalisation de la vie privée consiste pour l'auteur à se saisir du réel pour le travestir, mais que contrairement au journaliste ou à l'historien, l'auteur n'a aucune obligation de respect de la vérité ni d'exactitude dans les faits utilisés. C'est pourquoi la position de la Cour de cassation en 2015 qui exige de l'auteur de fiction qu'il présente clairement les éléments relatifs à des personnes réelles « *comme étant totalement fictifs* » est excessive. Le fait de mentionner expressément qu'une œuvre est fictionnelle devrait, sans immuniser par principe l'auteur contre toute responsabilité, contribuer à établir l'existence d'un pacte de lecture avec le public, ce dernier étant averti qu'il quitte

l'univers réel pour intégrer celui de la fiction.

Il est vrai que certaines fictions sont tellement ancrées dans la réalité, l'auteur cherchant à donner sa vision personnelle et subjective de cette réalité, qu'elles rendent l'analyse très complexe. Les auteurs revendiquent parfois à la fois cet ancrage dans la réalité et la distanciation d'avec celle-ci, si bien qu'il est impossible d'en déduire la nature fictionnelle ou non fictionnelle de l'œuvre et c'est souvent pour cette raison que les juges du fond les sanctionnent. Le mélange des faits et des genres conduit le juge à disqualifier ces fictions. Ainsi, Philippe Besson dans son roman *L'enfant d'octobre* relatif au drame de la famille Villemin prêtait aux protagonistes des pensées et sentiments, tout en revendiquant une analyse personnelle de la réalité, et non son imagination d'écrivain, ce qui explique que l'atteinte ait été retenue<sup>(68)</sup>. L'auteur revendiquant sa participation à un débat d'intérêt général à travers un discours sur la vérité mêlée à sa propre subjectivité, a lui-même violé les règles de narration proposées au lecteur (emploi du *je* et d'une police en italique lorsque la mère s'exprime pour distinguer ces propos fictifs de ce qui relève de l'analyse propre de l'auteur), créant par là-même une ambiguïté justifiant que l'atteinte soit retenue et sanctionnée<sup>(69)</sup>. L'argument est parfois imparable au regard des faits<sup>(70)</sup>. Mais il est dangereux de poser cette solution comme un critère général, au risque de brider l'imagination des auteurs et de supprimer le genre des fictions-réalité.-

Enfin et surtout, la mise en balance des intérêts devrait prendre plus largement en compte la nature artistique des œuvres. En s'appuyant sur les faits utilisés et le sens littéral des propos tenus, le juge occulte souvent la forme générale de l'œuvre. Or, il nous semble qu'il devrait, comme en droit d'auteur mais sans se faire critique d'art pour autant, analyser l'œuvre dans sa forme, ses procédés narratifs, donc dans le dispositif formel de distanciation mis en place par l'auteur. Cela éviterait qu'en fonction des situations, une œuvre d'autofiction soit considérée du point de vue du juriste comme réellement fictionnelle, comme le roman de Camille Laurens<sup>(71)</sup>, ou au contraire comme non fictionnelle, comme celui de Nicolas Fargues, alors que du point de vue de la littérature, ce sont bien des œuvres artistiques, des autofictions, le caractère résultant du passage des faits « au prisme déformant de la mémoire et, en matière littéraire, de l'écriture »<sup>(72)</sup>.

Mais cette prise en compte de la nature artistique de la création implique une démarche de transdisciplinarité de la part du juge qui doit sans se faire critique d'art pour autant, analyser l'œuvre, comme en droit d'auteur, dans sa forme, ses procédés narratifs (qui établissent ce pacte fictionnel avec le public), donc dans le dispositif de distanciation mis en place par l'auteur<sup>(73)</sup>. C'est d'ailleurs la démarche que le juge a empruntée à propos du livre de Philippe Besson pour relever que l'auteur avait lui-même enfreint les règles de narration qu'il avait proposées au lecteur. Mais la plupart du temps, le juge ne s'engage pas dans cette analyse complexe, sans doute parce qu'il craint de tomber dans une trop grande subjectivité et juger du mérite des œuvres, ce que proscriit le droit d'auteur<sup>(74)</sup>. Pourtant, cette démarche qui est déjà la sienne en droit d'auteur pour juger de l'originalité de l'œuvre pourrait être transposable sans qu'il en résulte plus de subjectivité. Si l'œuvre de fiction est une œuvre protégeable, elle justifie que la liberté de création soit plus largement préservée. C'est précisément parce que l'œuvre est artistique qu'elle devrait bénéficier d'une plus grande protection. Les auteurs ne doivent pas être trop contraints dans l'acte de création. Mais encore faudrait-il que les auteurs fassent valoir ces arguments d'analyse artistique devant les prétoires plutôt que d'arguer d'un discours personnel sur la réalité ou de se contenter d'affirmer le caractère fictionnel de leur œuvre<sup>(75)</sup>.

L'enjeu est d'autant plus important que retenir une atteinte à la vie privée entraîne des sanctions qui peuvent être gravement attentatoires aux droits de l'auteur sur son œuvre et ce, malgré le contrôle de la Cour de cassation qui s'exerce là encore à la fois sur la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité de la sanction prononcée par le juge. L'article 9 autorise en effet le juge à ordonner toutes mesures propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte au respect dû à la vie privée et à l'image. De ce point de vue, il est important que la sanction retenue soit proportionnée non pas à l'intérêt le plus légitime mais à la recherche d'un équilibre entre deux droits légitimes<sup>(76)</sup>. L'équilibre est délicat à trouver car l'atteinte à la vie privée, si elle est reconnue, pourrait en retour entraîner une atteinte portée à l'œuvre, qu'il s'agisse d'en interdire toute diffusion, ce qui porte atteinte au droit moral de divulgation de l'auteur (et au droit d'exploitation de l'œuvre)<sup>(77)</sup>, ou d'exiger la suppression de certains passages d'un livre ou d'un film, portant atteinte au droit au respect de l'œuvre<sup>(78)</sup>. Ce qui n'est pas satisfaisant puisque, ce faisant, le lecteur n'a accès qu'à une version tronquée de l'œuvre et non à la version initiale, sans aucune explication. Ainsi, dans l'affaire Muller, prolongeant la sévérité de son analyse, la Cour de cassation a approuvé les juges d'avoir ordonné en référé la cessation de la diffusion du programme *Intime conviction* (webradio et téléfilm) en raison de la gravité de l'atteinte à la vie privée<sup>(79)</sup>. Il est vrai que la mise en ligne sur internet de cette websérie et la publicité qui avait entouré cette programmation contribuaient à entretenir le préjudice. Mais au regard de l'atteinte radicale portée à l'œuvre, on peut sans doute considérer qu'un avertissement du public et une indemnisation auraient été suffisants dans ce cas, le préjudice ayant déjà eu lieu par la première diffusion<sup>(80)</sup>. Il faut relever que les magistrats sont souvent plus durs lorsque les personnes dont la vie privée est évoquée ont été condamnées et à l'inverse, acceptent moins les atteintes à l'intimité lorsque les personnes ont été acquittées, ce qui ne devrait évidemment pas être un critère permettant d'assurer l'équilibre des intérêts en présence.

Il est vrai que ces sanctions lourdes sont peu nombreuses en pratique. Le juge veille en principe à ne pas prononcer de sanctions disproportionnées <sup>(81)</sup>. Elles sont surtout prononcées en référé <sup>(82)</sup> et pour des cas de « péril manifeste » et « d'extrême gravité » <sup>(83)</sup>, sauf à engendrer des risques d'auto-censure de la part des auteurs <sup>(84)</sup>. Les procédures de référé ont parfois permis d'exiger la production préalable d'un scénario ou d'un manuscrit, mesure gravement attentatoire à la liberté de création <sup>(85)</sup>. La gravité de ces mesures conservatoires impose que le juge détermine des critères objectifs permettant de s'assurer d'un préjudice certain ainsi que de l'adéquation et de la proportionnalité de la sanction sous le contrôle de la Cour de cassation. Là encore, l'appréciation de la proportionnalité dépend tout d'abord en pratique de la gravité de l'atteinte portée aux droits d'une personne <sup>(86)</sup>. Comme le soulignent les juges, le préjudice subi doit être d'une « toute particulière gravité » <sup>(87)</sup> et s'il est possible d'invoquer la vie de la personne dont on a partagé l'existence, c'est à la condition de ne pas outrepasser les limites au-delà desquelles l'atteinte est manifestement intolérable pour la personne visée. L'appréciation de la proportionnalité dépend également de la constatation par le juge d'un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite, et de son caractère potentiel ou réel, selon que l'œuvre a déjà été diffusée ou non. Ce qui devrait logiquement conduire à exclure les interdictions de diffusion lorsque l'œuvre a déjà été diffusée. Le préjudice ayant déjà été subi, la sanction serait inefficace. De la même manière qu'une mesure serait manifestement disproportionnée et inadéquate si elle durait trop longtemps <sup>(88)</sup>.

Le juge doit donc s'assurer de l'efficacité matérielle de la mesure pour ne retenir que ce qui est indispensable pour faire cesser le trouble. Ainsi, les interdictions de publication ou de diffusion et les modifications d'œuvres ne sont que rarement retenues, jugées le plus souvent disproportionnées au regard de l'atteinte <sup>(89)</sup>. Les sanctions les plus attentatoires à la liberté de création, qui présentent « un caractère subsidiaire » <sup>(90)</sup>, ne devraient ainsi être prononcées que si l'atteinte au droit au respect de la vie privée est « insusceptible d'être convenablement réparée par l'allocation ultérieure de dommages et intérêts » <sup>(91)</sup>. Il revient en pratique à celui qui invoque une atteinte à l'intimité de sa vie privée de démontrer à la fois la gravité de cette atteinte et le fait qu'elle ne puisse pas être réparée uniquement par des dommages et intérêts. En pratique, la recherche d'une sanction proportionnée conduit le plus souvent à une indemnisation permettant de préserver l'intégrité de l'œuvre. Mais si certaines indemnisations demeurent symboliques, le juge s'en tenant parfois à la publication d'un encart permettant d'informer le public de la condamnation de l'auteur <sup>(92)</sup>, d'autres en revanche sont lourdes pour l'auteur.

Malgré l'exigence d'un préjudice d'une particulière gravité et d'une sanction proportionnée, il n'en demeure pas moins que certaines sanctions demeurent, malgré le contrôle de la Cour de cassation, disproportionnées au regard de l'atteinte portée en retour à la liberté de création et subie par l'auteur <sup>(93)</sup>.

Finalement, si l'analyse des décisions rendues en matière d'œuvres fictionnelles montre que les juges tentent de réaliser une mise en balance des intérêts entre vie privée et liberté de création, la Cour de cassation, notamment dans son arrêt du 30 septembre 2015 renforce clairement le droit au respect de la vie privée au détriment de la liberté de création. Sans aller jusqu'à considérer que les auteurs ne peuvent être jugés que sur la forme artistique de leurs œuvres et doivent bénéficier d'une immunité sur le fond, comme Zola qui disait que « *le seul crime [pour un auteur] est de mal écrire* », il me semble que si le droit a une mission de régulation sociale, il n'en demeure pas moins que cette mission peut être adaptée à la réalité artistique de l'objet concerné qui devrait être plus centrale dans l'évaluation de la proportionnalité par le juge, au risque de brider fortement l'imaginaire des auteurs.

---

<sup>(1)</sup> Reprenant la formulation de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 24 mai 1988, Müller c/ Suisse, Rec. A 133, § 27) : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 1990, La dernière tentation du Christ, D. 1992, p. 72, obs. Th. Hassler : « le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique ».

<sup>(2)</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine : « la création artistique est libre ».

<sup>(3)</sup> De nombreuses décisions condamnent la publication d'une image portant atteinte au droit au respect de la vie privée : CEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, aff. Von Hannover c/ Allemagne : JCP 2004, chron. p. 1577, note F. Sudre ; Comm. com. électr. 2004, comm. 147, note A. Lepage. – Civ. 2<sup>e</sup>, 25 nov. 2004 : D. 2004, inf. rap. p. 3197.

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-20289 *Bull. civ.* I, n° 172, *D.* 2004. 1633, obs. C. Caron ; *RTD civ.* 2003. 680, obs. J. Hauser, *JCP* 2003, II, 10139, note J. Ravanas : « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ». - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 sept. 2015, n° 14-16273, *CCE* 2015, 92, note A. Lepage, *Dalloz IP/IT* 2016, 42, note V. Varet ; *Légipresse* 2016, 93, note V. Serfaty : les deux textes « *ont la même valeur normative* » et « *il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ».

(5) CEDH, 14 juin 2007, Hachette Filipacchi c/ France, Rec. n° 71111/01, *JCP* 2007, I, 182, n° 10, obs. F. Sudre., *RTD Civ.* 2007, n° 4, p. 732, note J.-P. Marguénaud. - Sur cette question : J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 8<sup>e</sup> éd., *Dalloz* 2017, p. 118.

(6) CEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, aff. Von Hannover c/ Allemagne, préc.

(7) Civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr. 1997, n° 95-13545 : *Bull. civ.*, 1997, I, n° 73 : *JCP G* 1997, II, 22873, note Ravanas : à propos de l'ouvrage *Graine d'angoisse*, considéré comme une autobiographie mal déguisée, il a été jugé que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvrait droit à réparation.

(8) N. Bonnal, *Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration* : *Legicom* 2009, n° 43, p. 23.

(9) CEDH, 24 mai 1988, Müller c/ Suisse, préc., § 27 : « *ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique. D'où l'obligation pour l'Etat, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression* ».

(10) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 16 mai 2012, Tudieshe c/ Fargues : *Légipresse* 2012, n° 299, p. 634, note M. Simonet : à propos du roman *J'étais derrière toi* de Nicolas Fargues : « *la liberté de création doit être considérée comme la forme la plus aboutie de la liberté d'expression dans un régime démocratique et, comme telle, doit être protégée de manière à pouvoir s'exercer dans les meilleures conditions de sécurité* ». – TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot et Flammarion, *Légipresse* 2013, n° 310, p. 615, note A. Tricoire ; *RLDI* juin 2013, n° 3123. - TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 22 mai 2013, Duroy c/ Éditions Robert Laffont : *Légipresse* 2013, n° 310, p. 615, note A. Tricoire.

(11) V. plus largement sur cette question : A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, *LGDJ*, 2014.

(12) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot, préc.

(13) P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *PUF*, 9<sup>e</sup> éd., 2015, n° 441, p. 460.

(14) Selon l'expression de J.-Ch. Saint-Pau : *Droit au respect de la vie privée – Définition conceptuelle du droit subjectif*, *J.-Cl. Civil*, Fasc. 10, n° 18.

(15) V. Ch. Bigot, *Dispositions civiles régissant la liberté d'expression*, *J.-Cl. Communication*, Synthèse 70.

(16) CEDH, 12 mars 2015, Almeida Leitao Bento Fernandes c/ Portugal, n° 25790/11, *Légipresse* 2015, n° 326, p. 214., note G. Loiseau et n° 330, p. 501, note Ch. Bigot.

(17) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-20289, préc.

(18) V. aussi Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2015, n° 14-16273, préc.

(19) F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *PUF*, 13<sup>e</sup> éd. 2016, n° 140.

(20) B. Louvel, *Réflexions à la Cour de cassation*, *Dalloz actualités*, 25 juin 2015, p. 1326.

(21) CEDH, 25 mars 1985, n° 8734/79, Barthold c/ Allemagne, Rec. A. 90.

(22) F. Sudre, op. cit. , n° 122 : « *Le juge national voit ainsi son office élargi* ». – A. Fourlonç, *Toute ressemblance avec des personnages existant ou ayant existé... est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? - Étude de la jurisprudence rendue en matière de fictions du réel* », *Comm. com. électr.* 2007, n° 3, étude 5 : « *le juge se fait l'arbitre funambule des libertés et droits dont l'exercice est susceptible d'être entravé* ».

(23) En ce sens : F. Rigaux, *les paradoxes de la protection de la vie privée* <http://asmp.fr> - Groupe d'études Société d'information et vie privée.

(24) E. Treppoz, *Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires* *Dalloz* 2011, p. 2487.

(25) N. Mallet-Poujol, *De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne*, Legicom 2001/1, n° 24, p. 107.

(26) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-20.289, préc. : affaire relative à une œuvre de fiction littéraire portant sur la disparition mystérieuse d'un homme (sous la forme d'un feuilleton estival en quatre épisodes rédigé par Mme Chandernagor et intitulée *Le roman vrai du Docteur G.*, paru dans le Figaro Littéraire).

(27) Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2015, n° 14-16273, préc.

(28) CA Paris, 11<sup>e</sup> ch., sect. B, 18 déc. 2008, Philippe Besson et a. c/ J.-M. et C. Villemin : Légipresse 2009, n° 261, III, p. 83, obs. A. Tricoire : « *Ces intrusions dans l'intimité des personnes encore vivantes, qui répondent aux exigences artistiques voulues par l'auteur, ne peuvent, même si les événements vécus suscitent l'intérêt légitime du public, être justifiées par le droit à l'information ou par la contribution à un débat d'idées* ».

(29) V. cpdt : TGI, ord. réf., 26 févr. 2013, DSK c/ Iacub, Comm. com. électr. 2013, comm. 59, obs. A. Lepage ; Légipresse 2013, n° 304, p. 227, note A. Tricoire ; Dalloz 2013, p. 569 : qui considère à propos du livre *Belle et bête* relatant la liaison de l'auteure avec un homme politique que « *dans la recherche de l'équilibre des droits en présence, [...] les critères à retenir sont notamment ceux de la contribution à un débat d'intérêt général, à la notoriété des intéressés et à leur comportement antérieur* ».

(30) En ce sens : E. Treppoz, art. préc. – J.-M. Bruguière et B. Gleize, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015, n° 270.

(31) Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2004, n° 03-11.533, X. c/ Cts Enrico et a., Juris-Data n° 2004-023913 : à propos du film *Fait d'hiver*, reprenant un fait divers dramatique relatif à une famille dont seule la fille aînée avait survécu, il est jugé que l'atteinte à la vie privée ne peut prospérer dès lors que le dossier judiciaire appartient désormais « à l'histoire des grandes affaires criminelles ». – Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2003, D. 2004, p. 1634 : les parents de la victime d'un crime ne peuvent se plaindre d'une atteinte à leur vie privée par la publication d'un article à l'occasion d'une série consacrée aux grandes affaires criminelles.

(32) Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 1995, Mme Li Shu Xian c/ SA Éditions Robert Laffont et a., JCP 1997, II 22765, note J. Ravanas : « *L'auteur d'un ouvrage consacré au dernier Empereur de Chine faisant état de faits intimes révélés par l'empereur lui-même de son vivant (dans ses écrits autobiographiques) ne porte pas atteinte à la vie privée de celui-ci. En livrant de son vivant ces faits à la connaissance du public, l'autobiographe les a inscrits « dans l'histoire qui s'ouvre à sa mort* ».

(33) TGI Nanterre, ord. réf., 9 mars 2005, Heaulme c/ Sté TF1, Juris-Data n° 2005-266371 ; Légipresse 2005, I, p. 72 : à propos du téléfilm *Dans la tête d'un tueur*, adaptation télévisuelle de l'ouvrage, non critiqué, de Jean-François Abgrall, publié en 2002 au sujet des actes criminels de Francis Heaulme : « *la relation de ces faits, qui ont été livrés en leur temps à la connaissance du public, ne constitue pas une ingérence dans la vie privée du plaignant (...)* ». - TGI Paris, ord. réf., 10 févr. 2006, M. B. c/ France 3 et Studio International, Comm. com. électr. 2006, chron. 5, n° 23, obs. B. Montels : pour la même affaire mais engagée par une autre protagoniste.

(34) TGI Aix-en-Provence, ord. réf., 10 janv. 2006, Comm. com. électr. 2006, chron. 5, n° 23, obs. B. Montels ; Légipresse 2006, I, 106.

(35) CA Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> ch., sect. C, 24 oct. 2006, Septembre Production c/ R. et a., Juris-Data n° 2006-323999, Légipresse 2007, III, p. 21, note Ch.-E. Renault. – V. égl't : TGI Nancy, ord. réf., 3 oct. 2006, Bolle et al. c/ France 3 et Studio International : Juris-Data n° 2006-323099 ; JCP 2007, I, 156, obs. A. Courtinat : à propos d'une adaptation audiovisuelle de l'affaire Villemin, le juge des référés a considéré que les faits largement divulgués dans le cadre des débats judiciaires antérieurement pouvaient être repris sans autorisation.

(36) TGI Paris, 7 février 2000, Preud'homme c. Jonquet et Gallimard, portant sur le roman *Moloch* de Thierry Jonquet relatant l'empoisonnement d'une fillette par sa mère, décision citée par D. Amson, note ss CA Paris, 14 nov. 2002, Enrico et Grumberg c/ Fourquet, *Gaz. Pal.* 10 avril 2003, n° 100, p. 27. – V. égl't favorable à l'auteur : TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 9 déc. 2002, Wietzmann : D. 2003, p. 1715, note C. Caron à propos de l'ouvrage de M. Wietzmann, *Mariage mixte*. – A. Lucas-Schloetter, *Droit d'auteur et droits de la personnalité, J.-Cl. Propriété litt. et artist.*, Fasc. 1118, n° 24.

(37) Civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1990, n° 89-12.580, Monanges c/ Kern et a., Juris-Data n° 1990-002991 ; JCP G 1992, II, 21908, note J. Ravanas : les faits touchant à la vie privée de la personne « *ayant été livrés, en leurs temps, à la connaissance du public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale, ils avaient ainsi été licitement révélés et partant, échappaient à sa vie privée* ». - Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002, n° 99-19.852, Juris-Data n° 2002-013788 ; Bull. civ. 2002, I, n° 110 ; D. 2002. 3164, note C. Bigot ; *ibid.* 2003. 1543, obs. C. Caron. – CA Paris, P.2 ch.7, 29 mars 2017, Légipresse 2017, n° 351, p. 395, note A. Blondieau : à propos d'un docu-fiction.

(38) Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 1999, n° 97/15756 : JCP 2000, II, 10241, cl. Petit ; D. 2000, p. 372, note B. Beignier ; RTD civ. 2000, p. 292 ; obs. J. Hauser et p. 342, obs. P. Jourdain. – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2009, n° 08-10557, Comm. com. électr. 2010, comm. 7, obs. A. Lepage ; RTD civ. 2010, p. 79, obs. J. Hauser ; Légipresse 2010, n° 269, p. 19, note G. Sauvage : les proches ne peuvent agir contre l'auteur qu'à condition d'avoir subi un préjudice personnel établi.

(39) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-20.289, préc.

(40) CAParis, 11<sup>e</sup> ch., 18 déc. 2008, Philippe Besson, préc. : « le caractère pour partie romanesque d'un écrit ne saurait permettre à l'auteur d'utiliser au gré de son inspiration sans accord des protagonistes des éléments ressortant de leur vie privée ». – TGI Nanterre, 1<sup>re</sup> ch., 5 oct. 2006, P. M. c/ Sarl Actual Prod et M6 : Juris-Data n° 2006-322357 ; Légipresse 2006, I, p. 180 : à propos d'un docu-fiction sur le meurtre d'une femme et de ses enfants, les juges ont ordonné la suppression du passage dévoilant la relation adultérine du père avec sa maîtresse le matin du drame. - Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 1985, n° 84-11.524, Sté GR Production c/ Jeanjacquot : Juris-Data n° 1985-700559, D. 1985, 488, 2<sup>e</sup> esp., note Edelman : à propos d'une victime enlevée par Mesrine : admet le principe des coupures à propos de scènes évoquant la maîtresse du bandit et dévoilant « les aspects les plus intimes » de leurs relations amoureuses.

(41) CA Paris, 6 juillet 1965, Gaz. Pal. 1966, 1, p. 37 : à propos de *Vivre avec Picasso*, où Françoise Gilot faisait le récit de sa vie avec le peintre.

(42) CA Paris, 18 déc. 1987, JCP 1989, I, 3376, Chronique de propriété littéraire et artistique, B. Edelman, spéc. n° 18. – V. V. Varnerot, *La fictionnalisation de la vie privée*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1/2010 (Volume 64), p. 183.

(43) TGI Nanterre, ord. réf., 9 mars 2005, Heulme c/ Sté TF1, préc. - TGI Paris, réf., 10 févr. 2006, M. B. c/ France 3 et Studio International, préc. - TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 7 sept. 2011, P. Poivre d'Arvor, n° 10-01674, Légipresse 2011, n° 288, p. 618, note E. Treppoz.

(44) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 16 mai 2012, préc.

(45) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 16 mai 2012, Tudieshe c/ Fargues, préc. : « la demanderesse est identifiable dans ce livre, à tout le moins par le cercle restreint de ses proches ». – TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot, préc. : il est « sans incidence que la demanderesse ne jouisse pas d'une notoriété qui la rende reconnaissable par un plus vaste public que son entourage proche ».

(46) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 19 déc. 2008, Légipresse 2009, n° 259, I, p. 37 : à propos d'une œuvre audiovisuelle. – TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 7 sept. 2011, P. Poivre d'Arvor, préc. : à propos d'une ancienne maîtresse évoquée dans un roman autobiographique, il est jugé que la demanderesse était « parfaitement identifiable auprès des personnes qui la connaissent, mais également d'un lectorat plus large » en raison de « la médiatisation » de sa relation avec l'auteur. – TGI Paris, 22 mai 2013, Duroy, préc.

(47) V. J.-Cl. Saint-Pau, Droit au respect de la vie privée. – Régime. Atteinte légitime à la vie privée, J.-Cl. Civil, Fasc. 15, n° 3. – A. Lucas-Schloetter, Fasc. 1118, préc., spéc. n° 31 s.

(48) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 22 mai 2013, Duroy, préc. : à propos de l'ouvrage *Colères* de Lionel Duroy dans lequel l'écrivain aborde le conflit avec son fils en ayant seulement modifié les noms, le tribunal a condamné l'auteur ainsi que son éditeur pour atteinte à sa vie privée.

(49) TGI Paris, ord. réf., 4 avril 2003 : Légipresse 2003, n° 202, I, p. 87 : à propos du livre *L'amour* de Camille Laurens, il est jugé que le fait d'avoir gardé les prénoms n'enlevait pas son caractère de fiction à l'œuvre.

(50) V. par ex. : TGI Paris, réf., 26 févr. 2013, DSK c/ Iacub, préc. : à propos du livre de Marcela Iacub, *Belle et bête*, portant sur sa relation passée avec Dominique Strauss-Kahn. – CA Paris, 11<sup>e</sup> ch., 18 déc. 2008, Philippe Besson, préc. : pour la reprise du nom des époux Villemin. Il est précisé cependant que les personnes réelles n'en deviennent pas automatiquement des personnages pour autant. - CA Paris, 28 févr. 2014, Maha Productions et Arte France c/ J.-L. Muller : JurisData n° 2014-003374 ; RLDI mars 2014, n° 3393.

(51) TGI Paris 14 nov. 2005, Légipresse 2006, n° 231, I, p. 70 : porte atteinte à la vie privée de son épouse l'auteur qui révèle des lettres intimes qui lui ont été envoyées et mentionnant le viol subi par elle ainsi que la thérapie suivie.

(52) Ch. Bigot, *Protection de la vie privée : la Cour de cassation pose de nouvelles règles* D. 2002, p. 3164.

(53) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot, préc.- TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 7 sept. 2011, P. Poivre d'Arvor,

préc. : dans un litige opposant P. Poivre d'Arvor à son ancienne compagne dont les éléments de la vie privée avaient été décrits dans son roman *Fragments d'une femme perdue*.

(54) Rendus en matière de presse : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002, n° 99-19.852, préc. – Civ. 2<sup>e</sup>, 19 févr. 2004, n° 02-11.122 : Bull. civ. 2004, II, n° 72 ; D. 2004, p. 1633, obs. Ch. Caron ; RTD civ. 2005, p. 99, n° 2, obs. J. Hauser.

(55) V. pour une critique de cette position : J.-Cl. Saint-Pau, Fasc. 15, préc., n° 77.

(56) CEDH, gr. ch., 7 févr. 2012, Axel Springer AG c/ Allemagne, n° 39954/08 et 40660/08, n. Constitutions 2012. 645, obs. D. de Bellescize ; RTD civ. 2012. 279, obs. J.-P. Marguénaud et CEDH même date, Von Hannover c/ Allemagne, n° 40660/08 : D. 2012. 1040, note J.-F. Renucci ; ibid. 2013. 457, obs. E. Dreyer ; RTD civ. 2012. 279, obs. J.-P. Marguénaud. - CEDH, gr. ch., 10 nov. 2015, req. n° 40454/07, Couderc et Hachette Fillipacchi Associés c/ France, D. 2015, p. 2376.

(57) V. M. Simonet, commentaire sous TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 16 mai 2012, préc. :

(58) TGI Paris, ord. réf., 4 avr. 2003, préc. : le tribunal relève que le mari de Camille Laurens avait déjà été intégré comme personnage dans deux autofictions de son épouse et l'avait soutenu dans sa démarche littéraire.

(59) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, n° 00-20289, préc. : selon lequel l'agrément des lecteurs est un motif insuffisant pour justifier une atteinte à la vie privée. – TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 22 mai 2013, Duroy, préc. : à propos de l'ouvrage *Colères* de Lionel Duroy, il a été relevé le « but thérapeutique » de l'auteur qui, en écrivant, se libère de sa haine contre son fils qu'il peut déverser dans ses pages. Le fait qu'il soit le père de la personne attaquée a semble-t-il aggravé l'atteinte, ainsi que l'âge de son fils à l'époque.

(60) V. A. Tricoire, *Petit Traité de la liberté de création*, La découverte, 2011 : s'appuyant sur les travaux de J. R. Searle, *Sens et expression*, Minuit, Paris, 1992. – T. Hochmann, *Fiction et liberté d'expression*, disponible sur [www.vox-poetica.org](http://www.vox-poetica.org).

(61) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 17 sept. 2007 et CAParis, 18 déc. 2008, Philippe Besson, préc. : considérant que l'auteur, malgré le processus de distanciation qu'il adopte, maintient le doute dans l'esprit du public sur la culpabilité de la mère. - TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot, préc. – TGI, réf., 26 févr. 2013, DSK c/ Iacub, préc. – CA Paris, 28 févr. 2014, Maha Productions et Arte France c/ J.-L. Muller, préc.

(62) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 9 déc. 2002, Wietzmann, préc. : à propos de l'ouvrage de M. Wietzmann, *Mariage mixte*, portant sur l'histoire de J.-L. Turquin, condamné pour le meurtre de son fils : « rien n'interdit à un écrivain de s'inspirer d'une affaire judiciaire particulièrement exceptionnelle au regard des aspects psychologiques et sociaux qu'elle révèle et de livrer au public sa propre vision des caractères et des circonstances qui en font le ressort ».

(63) Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2015, n° 14-16273, préc. : rendu à propos d'un téléfilm et d'un procès fictif organisé sur internet et portant sur l'affaire du Docteur Muller, qui, accusé d'avoir tué sa femme, avait été acquitté.

(64) Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 2006, n° 04-10941, JCP 2006, II, 10041, note G. Loiseau ; RTD civ. 2006, p. 279, obs. J. Hauser ; Légipresse 2006, n° 230, III, p. 70 : à propos du roman *Le Renard des grèves* de Jean Failler, inspiré de faits réels, la « victime » se reconnaissait dans un personnage d'ancienne prostituée, ce qu'elle n'était pas.

(65) V. cpdt TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 7 sept. 2011, préc. : qui conclut à la nature non fictionnelle d'un roman de P. Poivre d'Arvor en raison des ressemblances excessives entre le personnage et son ancienne maîtresse : « l'auteur n'ayant pas permis au lecteur de différencier ce personnage de la réalité, les faits et actes prêtés à Violette portent atteinte à la vie privée d'Agathe Borne, qu'ils soient réels ou supposés ».

(66) Par ex. : TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 16 mai 2012, Tudieshe c/ Fargues, préc. : l'ex-épouse agissant également sur le fondement de l'article 1240 (art. 1382 à l'époque) du code civil pour dénigrement. -

(67) Dans le même sens, A. Lucas-Schloetter, Fasc. n° 1118 préc., n° 36. – A. Tricoire, *Fiction et vie privée*, Légipresse, 2014, n° 321, p. 597. – Contra : Ch. Caron, « À propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », op. cit., p. 1715, spéc. n° 4 : qui estime que lorsque l'œuvre (une autofiction) mêle fiction et réalité interdisant au lecteur de « faire la part des choses entre la fiction et la réalité », l'autofiction « peut heurter violemment les droits de la personnalité ».

(68) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 17 sept. 2007 : Légipresse, 2007, n° 247, p. 243, obs. C.-E. Renault et CAParis, 11<sup>e</sup> ch., 18 déc. 2008, Philippe Besson, préc.

(69) La diffamation est également retenue pour « défaut de prudence dans l'expression » jugée trop réaliste, pour un passage laissant penser à la culpabilité de la mère, et ce malgré les précautions prises par l'auteur : « « imaginons, imaginons ce que s'imaginaient ceux pour qui la mère est coupable ».

(70) V. en ce sens TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot, préc. : le juge a considéré que le lecteur n'était plus en mesure de distinguer, dans le portrait fait de cette femme, ex-compagne du compagnon de Christine Angot, ce qui relevait de la réalité ou de la fiction.

(71) Est également une œuvre de fiction le programme Intime conviction (comprenant un téléfilm, une web radio et une plateforme de diffusion) relatif à l'affaire du Docteur Muller : Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2015, n° 14-16273, préc.

(72) TGI Paris, ord. réf., 4 avr. 2003, préc.

(73) V. en ce sens : A. Tricoire, art. préc.

(74) V. CPI, art. L.112-1.

(75) Sauf à reconnaître, comme le propose E. Treppoz qu'il existe une présomption de fictionnalité en s'appuyant sur l'exemple de la Cour constitutionnelle allemande. Dans ce cas, il reviendrait à la personne invoquant le respect de sa vie privée, de renverser cette présomption : E. Treppoz, art. préc.

(76) CEDH, 22 octobre 2007, Lindon et Otchakovsky-Laurens c. France ; July c. France », § 45 et 59 : JCP 2007, II, 10193, note E. Derieux : qui exige seulement que la mesure ne soit pas disproportionnée par rapport au but poursuivi. - CEDH, 12 mars 2015, Fernandes c/ Portugal, n° 25790/11, n° 40 : Légipresse 2015, n° 326, p. 214

(77) Pour un ex. : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-20.289, préc. : interdiction de diffusion des épisodes du feuilleton.

(78) Dans l'affaire relative au roman *L'enfant d'octobre* de Philippe Besson, les juges ont ordonné la suppression des passages litigieux et l'interdiction de reproduction à l'identique du roman : CAParis, 11<sup>e</sup> ch., 18 déc. 2008, préc. - V. églit : Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 2006, n° 04-10941, préc. : à propos du roman *Le Renard des grèves*. – V. plus anciennes : CA Paris, 6 oct.1982 : D. 1983, p. 185, note R. Lindon : pour des coupures de séquences d'un film. – CA Paris, 17 déc. 1991 : D. 1992, p. 244, note Debbasch : suppression de passage d'une émission de télévision. – V. J.-Ch. Saint-Pau, Droit au respect de la vie privé e. – Régime. Actions, J.-Cl. Civil, Fasc. 20, n° 70 s.

(79) Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2015, n° 14-16273, préc.

(80) Les mesures avaient été ordonnées dans le cadre d'une procédure de référé sur le fondement des articles 9 du code civil et 809 du CPC. – Comp. avec le jugement rendu au fond dans la même affaire : TGI Paris, 5 nov. 2014, n° 14-03844 : le juge a été plus mesuré dans la sanction puisque, en sus des dommages et intérêts, seule l'interdiction de la diffusion des webvidéos a été ordonnée, le téléfilm ne faisant l'objet que d'un avertissement précédant le générique.

(81) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 17 sept. 2007, préc. : « le juge écarte les sanctions « qui constitueraient des atteintes disproportionnées » à la liberté d'expression et de création.

(82) Le respect de la vie privée est souvent dépendant des procédures d'urgence afin d'éviter que la création ne soit publiée ou diffusée, qu'il s'agisse de la procédure de référé de droit commun (art. 808 et 809 CPC) ou du référé de l'article 9 al. 2 du Code civil.

(83) - TGI Nancy, 9<sup>e</sup> ch. civ., 3 oct. 2006, Bolle et a. c/ France 3, Studio International, préc. : à propos d'un scénario de téléfilm relatant l'affaire Villemin, pour lequel étaient demandées la remise d'une copie standard du scénario et l'interdiction de diffusion du téléfilm. Le juge des référés refuse de faire droit à ces demandes, estimant qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général de contrôle préalable des publications et diffusions. Ces mesures portant atteinte à la liberté d'expression, « il ne peut y être fait droit qu'en présence d'un péril manifeste et d'une extrême gravité pour les droits de la personne, impliquant l'impossibilité de réparation convenable a posteriori par l'allocation de dommages et intérêts ». - TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 19 déc. 2008, préc. : « l'interdiction de divulgation au public d'une œuvre audiovisuelle ne peut s'envisager que dans des cas d'extrême gravité et s'il existe des éléments sérieux de nature à caractériser le risque d'une atteinte grave aux droits de la personne concernée non susceptible d'être parfaitement réparée par l'allocation de dommages et intérêts ».

(84) TGI Nancy, ord. réf., 3 oct. 2006, Bolle et al. c/ France 3 et Studio International, préc.

(85) TGI Aix, ord. réf. 10 janv. 2006, préc. : communication du scénario d'un téléfilm sur une affaire criminelle. – V. Pour des refus : TGI Paris, 18 nov. 1998, Delon : D. 1999, jurisp. 462, note D. Rebut : demande de suspension d'un simple projet de biographie : pas de pouvoir général de contrôle des publications. – CA Paris 13 sept. 2000, D. 2001, 24, note M.L. Rassat et C. Caron : refus de saisir un livre sur une affaire criminelle romancée. - TGI Paris, ord. réf., 10 févr. 2006 : à propos d'une série relative à l'affaire Villemin, le juge refuse de toute mesure d'interdiction de l'œuvre et tout contrôle préalable sur le scénario.

(86) La Cour de cassation considère généralement que l'impact de la diffusion d'une œuvre audiovisuelle est

nécessairement plus important que celui d'un livre : par ex. : Civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 1984, n° 83-11.786, SA Viaduc / Portat-Essel : Juris-Data n° 1984-702217 : « le retentissement d'un film présenté dans les salles et diffusé à la télévision étant sans commune mesure avec celui d'un roman [...] l'abstention du personnage lors de la parution de l'ouvrage adapté ne saurait lui interdire d'agir [ultérieurement] pour assurer la défense de ses droits devant l'atteinte résultant d'un film ».

(87) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 16 mai 2012, Tudieshe c/ Fargues, préc. : « sans aucunement nier la souffrance morale éprouvée par la demanderesse à la lecture du livre exposant sa vie de manière particulièrement réaliste et retraçant des moments très difficiles et très douloureux de son existence [...] le préjudice moral subi ne présente cependant pas, en l'espèce, le caractère de toute particulière gravité ».

(88) CEDH, 18 mai 2004, req. n° 58148/00, Sté Plon c/ France : JCP 2004, I, 161, n° 12, obs. F. Sudre ; Comm. com. électr. 2004, comm. 96, note A. Lepage ; D. 2004, p. 1838, note Guedj et p. 2539, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2004, p. 483, obs. J. Hauser ; Légipresse 2004, III, 173, note E. Derieux : l'interdiction totale d'un ouvrage enfreignant le secret médical (celui du Docteur Gübler) est une mesure disproportionnée au regard du débat d'intérêt général auquel participait l'ouvrage et « le maintien de l'interdiction générale de diffusion [...], prononcé dans l'instance au fond plus de neuf mois après le décès de la personne concernée, ne répond plus à un besoin social impérieux et porte à la liberté d'expression une atteinte disproportionnée ». Pour la Cour, « le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une mesure aussi grave que l'interdiction, en l'espèce elle aussi générale et absolue, d'un livre ».

(89) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 22 mai 2013, Duroy, préc. : refusant d'imposer une modification de l'œuvre, « dès lors que les coupures nécessaires, par leur nombre, leur importance, leur dissémination, aboutiraient à mutiler et à défigurer irrémédiablement le livre »

(90) J.-Ch. Saint-Pau, Droit au respect de la vie privée. – Régime. Actions, J.-Cl. Civil, Fasc. 20, n° 60.

(91) V. CA Paris, 13 sept. 2000 : D. 2001, p. 24, note M.-L. Rassat et Ch. Caron. – TGI Paris, 19 déc. 2008, préc. : « La mesure d'interdiction de divulgation au public d'une œuvre audiovisuelle ne peut s'envisager que dans des cas d'une extrême gravité et s'il existe des éléments sérieux de nature à caractériser le risque d'une atteinte grave aux droits de la personne concernée non susceptible d'être parfaitement réparée par l'allocation de dommages et intérêts ». – CA Paris, 28 déc. 1987 : D. 1989, somm. p. 91, obs. D. Amson : la saisie de l'œuvre ou la suppression de passages n'est envisageable que si l'allocation de dommages et intérêts ne peut suffire à réparer le préjudice d'une extrême gravité.

(92) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 17 sept. 2007, préc.

(93) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot : Christine Angot a été condamnée à verser 40 000 euros à l'ex-compagne de son conjoint. - TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 22 mai 2013, Duroy, préc. : l'écrivain a dû verser 10 000 euros à son fils. – TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 7 sept. 2011, P. Poivre d'Arvor, préc. : l'écrivain a été condamné à payer 33 000 euros à son ex-compagne.

# Vie privée : quelle protection par le juge ? Aspects de droit international privé

Ludovic Paillet

Maître de conférences de droit privé  
EDIEC - CREDIP  
Université Jean Moulin Lyon 3

Quelle protection peut apporter le juge à la vie privée lorsque les atteintes qui y sont portées se jouent des frontières alors que ces dernières s'imposent à lui et restreignent son action ? Pourrait-il tirer parti de ce que la vie privée est l'objet d'un droit fondamental et à ce titre réputé universel ? Ainsi devrait-il en être fait une application directe et immédiate <sup>(1)</sup>, par dérogation aux règles de conflits de lois, quel que soit l'individu concerné<sup>(2)</sup>. Les juridictions françaises ont un temps suivi cette voie <sup>(3)</sup>. Cependant, elles ont essuyé de vives critiques. En effet, faire d'un droit fondamental une loi de police serait inadapté <sup>(4)</sup> : cela renforcerait paradoxalement le cloisonnement des ordres juridiques <sup>(5)</sup>, encouragerait le *forum shopping* et rejetterait toute application de la loi étrangère sans qu'il soit démontré qu'elle aurait conduit à une solution moins protectrice. Il serait ainsi préférable que les règles assurant la coordination des ordres juridiques nationaux intègrent les exigences relatives à la protection de la vie privée ou que, dans l'idéal, des règles matérielles soient uniformément adoptées à cette fin.

Ces vœux ne sont pas pleinement exaucés en droit positif. Le droit international privé, entendu ici au sens strict, c'est-à-dire comme l'ensemble des règles traitant des conflits de juridictions et des conflits de lois <sup>(6)</sup>, ne comprend aucune règle spécifique à la vie privée ou aux atteintes portées à la vie privée. L'affirmation vaut tant pour le droit international privé commun que pour le droit international privé de l'Union. Dans le premier, ces questions sont abordées sous d'autres qualifications juridiques que sont le statut personnel, par exemple pour le nom de famille <sup>(7)</sup>, ou la responsabilité extracontractuelle s'agissant des atteintes portées à la vie privée<sup>(8)</sup>. Dans le second corps de règles, il est à noter que le législateur de l'Union a expressément renoncé à établir une règle de conflit de lois concernant les atteintes portées à la vie privée <sup>(9)</sup> après l'avoir un temps envisagé <sup>(10)</sup>. L'intérêt du droit de l'Union pour cette matière ne s'est pas étiolé pour autant <sup>(11)</sup>. Les motifs du règlement « Bruxelles I » refondu soulignent ainsi l'importance de la prévisibilité du juge compétent pour les plaideurs « *en particulier dans les litiges concernant les obligations non contractuelles résultant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, notamment la diffamation* » <sup>(12)</sup>. L'intention n'a pas été traduite dans le dispositif. Là encore, les litiges relatifs à la vie privée ou aux atteintes à la vie privée relèvent de catégories juridiques plus générales. Leur sont applicables les règles uniformes de compétence internationale en matière contractuelle <sup>(13)</sup> et non contractuelle <sup>(14)</sup> ainsi que les règles uniformes de conflit de lois en matière contractuelle <sup>(15)</sup>.

En ne consacrant spécifiquement aucune règle de droit international privé à la vie privée, les droits international privé commun et de l'Union ne se démarquent pas des autres systèmes de droit international privé. Aucun instrument international n'a spécifiquement cet objet <sup>(16)</sup> et la vie privée est rarement l'objet d'une règle spéciale de conflit dans les systèmes nationaux de droit international privé <sup>(17)</sup>. Le droit international privé dominicain établit une règle de conflits de lois relative à l'existence et au contenu des droits de la personnalité qui inclut la vie privée <sup>(18)</sup> tandis que le droit international privé suisse <sup>(19)</sup>, imité par les systèmes roumains <sup>(20)</sup> et monténégrin <sup>(21)</sup> prévoit une règle de conflit de lois relatives aux atteintes à la personnalité. Le code de droit international privé belge a adopté un système proche par un ajout à la règle de conflit de lois relatives aux obligations découlant d'un fait dommageable <sup>(22)</sup>.

L'absence de spécialisation des règles du droit international privé à la protection de la vie privée devient d'autant plus difficile à tenir à mesure que se développent les moyens de communications électroniques. Internet, sur lequel se concentrera notre contribution <sup>(23)</sup>, impose des défis singuliers qui appellent des règles adaptées. En effet, il constitue un réseau planétaire où l'information mise en ligne devient accessible en même temps en tout lieu et y demeure à jamais à force de duplication. La localisation d'une atteinte portée à la vie privée, qui est le moteur des règles de conflit, devient particulièrement difficile dans ce contexte. A cela s'ajoute le *Web 2.0* ou l'internet participatif. L'information disponible est massifiée par l'apport de chacun des utilisateurs qui est insidieusement conduit, notamment par le développement des réseaux sociaux, à livrer de plus en plus d'informations sur lui-même. La disponibilité de ce grand nombre de données resterait un danger relatif sans les moteurs de recherche. Ces derniers jouent un rôle déterminant dans leur diffusion puisqu'ils permettent aux utilisateurs d'accéder à l'information souhaitée par l'usage de mots clés sans se noyer dans le flot incessant de données. Leurs algorithmes permettent encore l'organisation et l'agrégation des informations publiées de manière à offrir aux utilisateurs une somme structurée des informations trouvables sur Internet qui, lorsqu'elles concernent une personne, en dressent un portrait détaillé. Les moteurs de recherche assurent ainsi la diffusion d'éventuelles atteintes à la vie privée, voire y portent eux-mêmes atteinte par l'agrégation de données disparates qui, une fois

assemblées, révèlent une information confidentielle.

Ainsi les données sont-elles devenues un enjeu majeur de la protection de la vie privée et le droit relatif aux données au caractère personnel le moyen privilégié de la protéger. Déjà l'article 1<sup>er</sup> de la loi « informatique et libertés »<sup>(24)</sup> prescrivait, en 1978, que l'informatique ne devait pas porter atteinte à la vie privée. Par la suite, les liens entre la protection des données à caractère personnel et la vie privée n'ont cessé de se resserrer. Cette dernière est ainsi devenue l'enjeu majeur de la première<sup>(25)</sup>. La protection des données personnelles est d'ailleurs envisagée par la Cour EDH sous l'angle du droit au respect de la vie privée<sup>(26)</sup> tandis que, dans la jurisprudence de la Cour de justice, le droit formellement autonome à la protection des données à caractère personnel par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est régulièrement mobilisé en conjonction avec le droit au respect de la vie privée<sup>(27)</sup>. Du point de vue du législateur, la frontière a d'abord été envisagée comme un obstacle à la libre circulation des données au sein de l'Union. C'est pour la garantir que l'Union européenne a adopté les dispositions protectrices de la directive 95/46<sup>(28)</sup>. C'est pour en effacer les derniers reliefs que l'Union a adopté un instrument uniforme<sup>(29)</sup>, par ailleurs porteur d'une amélioration du niveau de protection de la vie privée. A la suite de son entrée en vigueur le 25 mai 2018, cet instrument aura écarté, pour une large part<sup>(30)</sup>, les conflits de lois intra-européens en la matière. Ce règlement général sur la protection des données personnelles s'est également doté d'un champ d'application spatial particulièrement vaste afin de tenir compte de la réalité des flux de données depuis l'Union dont sont massivement destinataires des opérateurs économiques établis hors de l'Union européenne, ne serait-ce que les GAFAs<sup>(31)</sup>. Le droit à la protection des données à caractère personnel se détache ainsi de la sphère territoriale pour mieux étendre ses effets sur le réseau aterritorial et sans gouvernance centrale qu'est internet.

Les règles de droit international privé se distinguent ainsi des règles de protection des données à caractère personnel. L'absence de spécialisation des règles de coordination des ordres juridiques n'exclut pas pourtant quelques adaptations aux nouveaux défis de la protection de la vie privée. Elles demeurent cependant trop limitées pour compenser l'absence de règles conçues en considération des particularités d'internet. Le droit de la protection des données à caractère personnel emprunte une autre voie dans laquelle l'exigence de protection des individus l'emporte sur la coordination des ordres juridiques, celle d'un droit matériel uniforme au champ d'application extensif. A l'adaptation limitée du droit international privé (I) répond ainsi la déterritorialisation avancée du droit substantiel (II)

## **I – L'adaptation limitée du droit international privé**

En l'absence de règles de compétence judiciaire et législative spécifiques à la protection de la vie privée, le juge n'a pu avoir recours qu'à des règles plus générales, en matière délictuelle, ou construites en fonction de considérations étrangères, en matière contractuelle. Toutefois, sous l'impulsion de la Cour de justice, les règles textuelles de compétence internationale ont été adaptées pour mieux assurer la protection de vie privée (A) tandis que les règles de conflit de lois demeurent inadaptées (B).

### **A – L'adaptation des règles de détermination du juge compétent**

La vie privée n'est pas exclue du champ d'application matériel du règlement « Bruxelles I » et du règlement « Bruxelles I » refondu. Les règles uniformes qu'ils posent, lorsqu'elles sont applicables et hors prorogation de compétence, donnent compétence, en principe, au juge du domicile du défendeur. D'autres juridictions disposent d'une compétence complémentaire et optionnelle pour les plaideurs. Cette compétence varie en fonction de la matière, et plus précisément, s'agissant de la vie privée, selon que le litige a trait à la matière contractuelle ou délictuelle. C'est dans cette seule dernière que la règle de compétence, qui désigne le juge du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire, a été adaptée aux spécificités d'internet par la Cour de justice. C'est plus particulièrement de l'ubiquité des contenus qu'il a été tenu compte pour déterminer le juge compétent tant pour réparer les conséquences d'une atteinte à la vie privée que pour la faire cesser.

Tout d'abord, s'agissant de la réparation des dommages, une adaptation a été rendue nécessaire par la multiplication des juges compétents en application de l'article 7.2 du règlement « Bruxelles I » refondu. En effet, la Cour de justice avait eu, dans un premier temps, à interpréter les termes équivalents de l'article 5.3 de la convention de Bruxelles dans son arrêt *Fiona Shevill*<sup>(32)</sup>. S'agissant d'une diffamation réalisée par voie de presse, et plus précisément par un journal dont l'éditeur était établi en France mais diffusé dans plusieurs Etats contractants, la Cour de justice transposa la solution qu'elle avait retenue en matière de délits complexes, dans son arrêt *Mines de potasse d'Alsace*<sup>(33)</sup>. Elle y avait considéré que le fait dommageable correspond tout autant au fait générateur qu'à la matérialisation du dommage, tout en la précisant. Il en résulte qu'en application de l'article 5.3 de la convention de Bruxelles, sont compétentes pour réparer l'intégralité du dommage résultant d'une atteinte portée à la vie privée les juridictions du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, pris comme le lieu de survenance du fait générateur du dommage. Sont également compétentes les juridictions de chaque Etat

membre dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa vie privée, chacun étant pris comme un lieu de survenance du dommage. En revanche, la compétence de chacune de ces juridictions est limitée aux seuls dommages subis dans l'Etat qui est le leur.

Rapportée au média qu'est internet, cette solution était inadaptée. A la différence de la presse, dont la diffusion géographique ne couvre pas le globe entier, internet est caractérisé par son ubiquité. Le contenu mis en ligne existe en même temps en tout lieu du globe. La solution de l'arrêt *Fiona Shevill* donne ainsi potentiellement compétence aux juridictions de tous les Etats dans lesquels la diffusion d'un contenu a pu être dommageable à la victime alléguée parce qu'elle y est connue ou y possède des intérêts. Elle pixélise la compétence, selon une heureuse formule <sup>(34)</sup>, au risque de dérives. La personne qui s'estime lésée pourrait multiplier les recours pour épuiser l'auteur du dommage ou être, à l'inverse, victime d'une stratégie procédurale de ce dernier qui multiplierait les actions en non-responsabilité dans les Etats l'admettant. La victime n'aurait pas moins la possibilité de soumettre sa demande en réparation de l'intégralité du dommage devant le juge du domicile du défendeur ou devant le juge du lieu du fait générateur <sup>(35)</sup>, lesquels seront régulièrement confondus. Le seul moyen d'obtenir d'un juge unique la réparation intégrale d'un dommage plurilocalisé serait d'agir devant un juge étranger. En effet, les règles uniformes de compétence en matière délictuelle n'ont pas pour objet d'offrir une protection particulière à la victime d'un délit <sup>(36)</sup> laquelle impliquerait de donner compétence au juge de son domicile. Le droit de l'Union manifeste une opposition de principe au *forum actoris* en limitant « *les cas où un défendeur peut être attiré devant le for du demandeur* » <sup>(37)</sup>.

Pourtant, c'est à ce principe, notamment, que la Cour de justice a concédé une exception dans une affaire mettant en cause la diffusion, sur internet, d'informations portant atteinte à la vie privée. Dans son arrêt *eDate advertising* <sup>(38)</sup>, après avoir précisé que la solution de l'arrêt *Fiona Shevill* était transposable en l'espèce car valable quel que soit le média ou le support de communication employé, la Cour de justice souligne l'ubiquité des contenus mis en ligne sur internet. L'utilité du critère tenant à la diffusion est ainsi remise en cause dans la mesure où le contenu est disponible en tous lieux et en même temps et qu'il est bien difficile de quantifier la diffusion avec précision pour évaluer le dommage dont la gravité dans chaque Etat concerné sera très variable. Aussi, la Cour de justice procède-t-elle à une adaptation de sa jurisprudence au contexte de la diffusion en ligne <sup>(39)</sup> qui aboutit à donner compétence à un juge supplémentaire, au titre de l'intégralité du dommage, celui de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre des intérêts de la personne qui s'estime lésée. Ce nouveau for, formellement justifié par l'existence d'un lien étroit entre le fait dommageable et l'Etat dans lequel est localisé le centre des intérêts de la victime alléguée et sa prévisibilité corrélative, est en vérité et également d'inspiration substantielle <sup>(40)</sup>. Donner la possibilité à la victime alléguée d'agir devant les juridictions du centre de ses intérêts, c'est-à-dire de sa résidence habituelle ou de son lieu d'activité professionnelle <sup>(41)</sup>, pour connaître de l'intégralité du dommage favorise sa protection dès lors qu'elle pourra agir devant le juge qui est le plus proche des intérêts lésés et le mieux à même de statuer sur l'atteinte qui y a été portée. La Cour de justice a confirmé cette solution en même temps qu'elle l'a étendu aux personnes morales s'estimant victime d'une atteinte à leurs droits de la personnalité <sup>(42)</sup>. Le centre de leurs intérêts est alors localisé au lieu où elles exercent l'essentiel de leur activité économique, lequel peut ainsi différer du lieu où est établi leur siège statutaire <sup>(43)</sup>.

En outre, la Cour de justice, dans l'arrêt *eDate advertising* <sup>(44)</sup>, maintient, dans le contexte d'une diffusion sur internet d'un contenu attentatoire à la vie privée, que le lieu du fait générateur s'entend du lieu d'établissement de l'émetteur. Elle écarte ainsi la difficulté qui tient à la localisation réelle du fait générateur, à savoir l'affichage de la page à partir d'un serveur dont la localisation serait particulièrement difficile à établir, voire impossible lorsque l'information est diffusée depuis un *cloud* <sup>(45)</sup>.

Ensuite, s'agissant de la compétence internationale pour connaître d'une action en cessation, la Cour de justice fut plus particulièrement interrogée sur le juge compétent en application de l'article 7.2 du règlement « Bruxelles I » refondu pour connaître d'une demande de rectification de données inexacts et de suppression de commentaires y ayant trait. Elle écarte, par des motifs brefs, la possibilité d'exercer un tel recours devant les juridictions de chacun des Etats membres sur le territoire duquel le contenu litigieux est accessible. A cette fin, la Cour de justice prend appui sur « *la nature ubiquitaire des données et des contenus mis en ligne sur un site interne [ainsi que sur] la portée de leur diffusion [qui] est en principe universelle* » <sup>(46)</sup>. En d'autres termes, il n'existe pas autant de sites internet à modifier qu'il y a d'Etat sur le territoire desquels il est accessible. Internet étant un réseau unique, le site en cause est lui-même unique et non divisible en autant de facettes que d'Etats à partir desquels il est permis d'y accéder. La rectification ou la suppression d'un contenu sur un site déterminé n'est pas divisible et paraît dès lors n'être pas territorialement limitée. Elle ne peut être qu'unique et universelle. En conséquence, la Cour de justice retient qu'« *une demande visant à la rectification des premières et à la suppression des seconds est une et indivisible et ne peut, par conséquent, être portée que devant une juridiction compétente pour connaître de l'intégralité d'une demande de réparation du dommage* » <sup>(47)</sup>.

De même que la personne qui s'estime lésée peut demander réparation intégrale d'une atteinte portée à sa vie privée par un contenu mis en ligne devant le juge du centre de ses intérêts, elle pourra obtenir la cessation de cette

atteinte devant le même juge. Elle bénéficiera ainsi d'un juge géographiquement proche, dont elle connaît vraisemblablement la langue et potentiellement la procédure. L'adaptation des règles de compétence internationale lui confèrent ainsi un avantage certain et indirect en faveur de la protection de sa vie privée qui ne trouve pas d'écho dans la détermination du droit applicable.

## **B – L'inadaptation des règles de détermination du droit applicable**

Le constat est sans nuance dès lors que les règles de conflit de lois applicables n'ont été l'objet d'aucune adaptation particulière aux exigences de protection de la vie privée. Il n'existe guère qu'un correctif qui marque une adaptation des règles applicables aux relations privées internationales à internet. Toutefois, il est paradoxalement défavorable à la protection de la vie privée.

Tout d'abord, les règles de conflit de lois applicables n'ont pas été adaptées à la protection de la vie privée, et moins encore aux spécificités d'internet. Encore faut-il au préalable déterminer quelles sont les règles de conflit de lois applicables. A cet égard, la spécificité de la protection de la vie privée est niée puisque les règles de conflit sont multiples.

Lorsque la vie privée est l'objet d'un contrat aux fins de son exploitation, s'applique le règlement « Rome I » relatif à la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles. Ce dernier donne en principe compétence à la loi élue par les parties <sup>(48)</sup>. À défaut, il conviendra d'identifier la nature du contrat au regard des catégories contractuelles pour lesquelles le règlement prévoit des règles de conflit spécifiques. Le contrat ayant pour objet l'exploitation de la vie privée pourrait être qualifié de contrat de prestation de services et donner lieu à l'application de la loi de la résidence habituelle du prestataire du service <sup>(49)</sup>, ou encore de contrat de travail et ainsi donner lieu à l'application de la loi du lieu d'accomplissement habituel du travail <sup>(50)</sup>. A défaut pour le contrat en cause de pouvoir intégrer l'une des catégories juridiques prévues par le règlement, s'y appliquera la loi de l'Etat de résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique <sup>(51)</sup>. Si elle ne peut être déterminée, s'appliquera la loi de l'Etat ayant avec le contrat les liens les plus étroits <sup>(52)</sup>. Cette présentation rapide et tronquée <sup>(53)</sup> n'en montre pas moins la complexité de la tâche. Il en ressort, surtout, que l'objet du contrat, intimement lié à la personne, est, selon toute vraisemblance, sans incidence sur la détermination du droit applicable. La personne qui consent à l'exploitation de sa vie privée devra en conséquence être très attentive quant au droit applicable afin d'être mesure d'évaluer, dès la conclusion du contrat, le degré de protection auquel elle peut s'attendre. Son cocontractant ne devra pas être moins attentif au droit applicable. Plus particulièrement il devra s'assurer que ce droit admet que la vie privée ou l'image d'une personne sont dans le commerce juridique sauf à devoir renoncer à d'éventuelles prétentions fondées sur le contrat d'exploitation.

Lorsqu'il est porté atteinte à la vie privée, une hésitation a pu se faire jour. La vie privée relevant des droits de la personnalité, elle est un droit subjectif intimement lié à la personne de sorte qu'elle pourrait relever de la catégorie juridique « statut personnel » <sup>(54)</sup>, et être ainsi soumise à la loi nationale de la personne concernée. Toutefois, la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt *Farah Diba* <sup>(55)</sup>, a expressément exclu les atteintes portées à la vie privée du champ de la loi personnelle pour les inclure dans le champ de la « loi du lieu où les faits ont été commis ». Cette formule, bien que peu précise, évoque la catégorie juridique des délits et des quasi-délits dans laquelle paraissent avoir été intégrées les atteintes à la vie privée. L'élément de rattachement qui demeure de droit positif est toutefois incertain lorsque l'atteinte à la vie privée est complexe, c'est-à-dire lorsque le fait générateur ou le dommage se rattachent à plusieurs Etats. Or, lorsque l'atteinte est commise au moyen d'internet, elle est intrinsèquement complexe. Le délit sera localisé dans plusieurs Etats alors qu'il ne faudrait lui appliquer qu'une seule loi. La règle de conflit de lois est tout aussi inadaptée qu'il est étonnant de constater qu'elle semble n'avoir fait l'objet d'aucune application par les juridictions qui ait été discutée en doctrine depuis 1988. Cela s'explique certainement, d'une part, par un règlement de ces questions devant des juridictions du fond dont les décisions sont encore peu diffusées et, d'autre part, par un recours privilégié au référé lequel dispense le juge d'avoir à rechercher le droit applicable <sup>(56)</sup>.

L'adaptation de la règle conflictuelle paraît encore mettre en cause des intérêts entre lesquels il est difficile de trancher. Le droit à la protection de la vie privée, laquelle a un lien étroit avec la personne, requiert de localiser le lieu où les faits ont été commis au lieu de la résidence habituelle ou du domicile de la personne qui s'estime lésée. L'article 7 de l'avant-projet de proposition de règlement « Rome II » avait ainsi opté pour la désignation de la loi du pays où la personne lésée a sa résidence habituelle au moment de la survenance du délit. La proposition de règlement « Rome II » avait corrigé ce rattachement compte tenu de la faveur excessive qu'il manifestait pour la victime au détriment de la liberté de la presse puisque les médias auraient à prendre en considération différents droits nationaux, tout particulièrement en cas de diffusion par internet, sans pouvoir se fonder uniquement sur leur droit national. Le compromis de l'article 6.1 de la proposition de règlement « Rome II », qui permettait d'écarter l'application de la loi du lieu de matérialisation du dommage lorsqu'elle serait contraire aux principes fondamentaux du for en matière de liberté d'expression et d'information, n'a pas mieux résisté à l'opposition des médias <sup>(57)</sup>. Toutefois, retenir, à l'inverse, le lieu du fait générateur, outre les difficultés de localisation, favoriserait l'auteur du

dommage, au moins sur le plan conflictuel. En effet, l'application de ce droit serait difficilement prévisible pour la victime et il favoriserait l'établissement de l'auteur dans un Etat assurant un moindre degré de protection de la vie privée. En outre, un tel rattachement irait encore à l'encontre de la conception actuelle de la responsabilité civile centrée sur la réparation des dommages subis par la victime <sup>(58)</sup>. Aussi la loi du lieu de matérialisation du dommage est-elle une solution préférable parce qu'elle est celle du lieu où les intérêts de la victime sont lésés et dont elle peut légitimement prévoir l'application. Toutefois, le dommage peut être plurilocalisé. Convient-il alors de limiter l'application de la loi de l'Etat dans lequel est survenu un dommage à la réparation des seuls préjudices causés dans cet Etat <sup>(59)</sup>, et de faire ainsi une application distributive des lois du lieu de matérialisation du dommage <sup>(60)</sup> ? Ou bien faut-il déterminer une loi unique pour la protection de la vie privée, et dans l'affirmative laquelle retenir ? Cette dernière solution paraît la plus adaptée en matière d'atteinte à la vie privée sur internet dans la mesure où il s'agit d'un réseau aterritorial dont le contenu se caractérise par son ubiquité. Il serait imprévisible pour l'auteur du dommage et déraisonnable pour le juge d'envisager la réparation de chacun des préjudices démontrés, distingués à raison de l'Etat dans lequel ils sont survenus, par l'application de la loi de chacun. Que l'on pense à la diffusion de photos d'une membre de la famille royale britannique dévêtue et à la tâche qui aurait été celle du juge britannique (pris comme juge du lieu du centre des intérêts de cette personne) saisi de la réparation intégrale du préjudice subi. La jurisprudence de la Cour de justice fournit un critère susceptible de ménager la prévisibilité juridique, tant du point de vue de l'auteur que de la victime du dommage, celui du centre des intérêts de la victime alléguée. Sous réserve des difficultés de localisation qui devraient demeurer exceptionnelles, il a l'avantage de favoriser la victime alléguée qui pourrait, par son choix du for faire coïncider *forum* et *jus*. Ce rattachement étant susceptible de conférer à la victime alléguée une protection de sa vie privée à laquelle l'auteur du dommage ne pouvait légitimement pas s'attendre, il pourrait être tenu compte des règles relatives aux contours de la vie privée au lieu d'établissement de l'auteur au jour de l'atteinte <sup>(61)</sup>. Enfin, la liberté d'expression et d'information du média pourra être assurée par l'ordre public international lequel s'opposera au résultat de l'application d'une loi qui serait incompatible avec cette garantie fondamentale.

Une telle amélioration de la règle de conflit de lois dans la perspective de la protection de la vie privée demeurerait toutefois d'un effet limité compte tenu, ensuite, du correctif qu'impose le droit de l'Union afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Plus précisément, l'article 3.2 de la directive sur le commerce électronique <sup>(62)</sup> dispose que « *les Etats membres ne peuvent [...] restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre* ». *A priori*, ce texte devait être sans incidence sur la détermination du droit applicable à la protection de la vie privée puisque la directive n'avait pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois <sup>(63)</sup>. Néanmoins, la Cour de justice ne lui prête pas une telle neutralité, ce qui ressort de son arrêt *eDate advertising* <sup>(64)</sup>. Sans conférer à l'article 3.2 la fonction de désigner le droit applicable à l'activité, elle en fait un correctif à la détermination du droit applicable. En effet, suivant la logique de la reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur, « *il y a lieu de considérer que la soumission des services du commerce électronique au régime juridique de l'Etat membre d'établissement de leurs prestataires en vertu dudit article 3, paragraphe 1, ne permettrait pas de garantir pleinement la libre circulation de ces services si les prestataires devaient, en fin de compte, respecter, dans l'Etat membre d'accueil, des exigences plus strictes que celles qui leur sont applicables dans leur Etat membre d'établissement* » <sup>(65)</sup>. En d'autres termes, les lois applicables aux contrats d'exploitation de la vie privée conclu avec un service de la société de l'information – par exemple un service de réseautage social – comme aux atteintes portées à la vie privée par ceux-ci – par exemple, en tant qu'éditeurs de site web – ou au moyen des services qu'ils fournissent, pour les hébergeurs, ne s'appliquent que dans la mesure où elles n'imposent pas un degré de protection de la vie privée tel qu'il imposerait au prestataire des obligations plus lourdes que celles qui résultent de la loi du lieu d'établissement de ces services. L'article 3.2 constitue ainsi une exception « marché intérieur » susceptible d'évincer l'application d'une loi plus protectrice de la vie privée que celle du lieu d'établissement du service de la société de l'information. Cependant, cette exception ne s'applique qu'à l'égard des prestataires établis dans l'Union. Or, tous les Etats membres sont parties à la convention EDH et réputés garantir un niveau équivalent de protection des droits fondamentaux. Ne devraient donc être évincées par l'exception « marché intérieur » que les dispositions exceptionnellement plus protectrices prévues par le droit d'un Etat membre, sous réserve qu'il ne soit pas ainsi porté atteinte au droit au respect de la vie privée garanti, notamment, par l'article 7 de la Charte des fondamentaux.

En dehors de ce dernier mécanisme correcteur, le droit au respect de la vie privée n'a que peu d'influence sur les règles assurant le traitement des relations privées internationales. Leur adaptation est ainsi la seule inflexion qu'a pu produire le droit fondamental à la protection de la vie privée, lequel demeure à l'arrière plan. Le contraste avec la protection des données à caractère personnel, laquelle est l'objet de règles spéciales et autonomes en droit international privé <sup>(66)</sup>, est à cet égard saisissant. Dans cette matière, le règlement général sur la protection des données met en œuvre ce droit fondamental. L'objectif de coordination des ordres juridiques est ainsi mis en retrait de sorte que le règlement tend à une application extraterritoriale.

## II – L'extraterritorialité du droit uniforme

Il semble qu'à raison de son objet le règlement général sur la protection des données à caractère personnel puisse devenir d'application extraterritoriale. La mise en œuvre du droit fondamental de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux et le contexte particulier de celle-ci justifient-ils qu'elle échappe au découpage artificiel du globe ? Ce serait là un avantage certain s'agissant de protéger les individus contre le traitement de données sur un réseau qui, lui-même se joue des frontières, car aterritorial. Certes, le détachement géographique n'est pas total. Il n'en a pas moins connu une progression certaine avec l'élargissement de la compétence extraterritoriale du droit uniforme (A) et pourrait surtout franchir un cap à la faveur de l'universalisation des effets de ce droit (B).

### A – La compétence extraterritoriale du droit uniforme

À la règle de conflit de lois que prévoyait l'article 4.1 de la directive 95/46/CE, le règlement général de la protection des données à caractère personnel substitue une règle déterminant unilatéralement son champ d'application. Toutefois, en contradiction avec les intitulés de nos développements, l'article 3 de ce dernier instrument se donne pour objet le « champ d'application territorial ». Ce texte ne consacre pas moins l'interprétation large des dispositions antérieures de la directive 95/46/CE et y ajoute des règles plus extensives encore qui manifestent un véritable ordre public de rattachement <sup>(67)</sup>.

Tout d'abord, le législateur de l'Union consacre l'interprétation large du critère de l'établissement laquelle avait permis à la Cour de justice d'adapter le champ d'application de la directive 95/46/CE à l'évolution des technologies postérieure à son adoption ainsi qu'aux montages juridiques auxquels ont recours les principaux acteurs numériques. En effet, dans l'esprit des dispositions mettant en œuvre la libre prestation de services, la directive posait comme critère principal d'application des dispositions nationales de transposition, l'établissement du responsable de traitement dans le cadre des activités duquel est opéré ce traitement <sup>(68)</sup>. L'application stricte de ce critère aurait conduit à exclure l'application des dispositions protectrices de la directive aux responsables de traitement établis hors de l'Union lorsqu'il ne recourt pas, à des fins de traitement, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit Etat membre <sup>(69)</sup>.

La Cour de justice fut précisément saisie de cette question dans l'affaire *Google Spain et Google Inc* <sup>(70)</sup>. Au cas d'espèce, un ressortissant espagnol avait notamment demandé à l'autorité espagnole de protection des données qu'il soit ordonné, sur le fondement du droit national transposant la directive 95/46/CE, à *Google Spain* ou à *Google Inc* de supprimer ou d'occulter des données personnelles le concernant afin qu'elles cessent d'apparaître dans la liste des résultats de recherche à partir de son nom. Cette demande ayant été accueillie, les deux sociétés concernés élevèrent le litige devant les juridictions espagnoles. Pour pouvoir trancher, encore était-il nécessaire de déterminer si le droit national de la protection des données était applicable. En effet, le traitement de données à caractère personnel relatif aux services de recherche sur internet est réalisé par *Google Inc*, société établie aux Etats-Unis d'Amérique, tandis que l'activité de *Google Spain* ne tenait qu'à la fourniture d'un soutien à l'activité publicitaire du groupe *Google*. Il semblait ainsi que le traitement était « effectué dans le cadre des activités du responsable de traitement » <sup>(71)</sup> qu'est *Google Inc*, de sorte que l'application du droit espagnol était exclue. Toutefois, la Cour de justice jouant sur les mots « dans le cadre des activités », qu'elles distingue de « par » et lit à la lumière de l'objectif de la directive qui est d'assurer la protection des personnes physiques contre les traitements de données à caractère personnel, en retient une interprétation large. Elle en déduit l'applicabilité du droit espagnol puisque « les activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'Etat membre concerné sont indissociablement liées dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche en cause économiquement rentable et que ce moteur est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités » <sup>(72)</sup>. Le droit national des Etats membres en matière de protection des données à caractère personnel est ainsi devenu applicable lorsqu'une société de services de l'information dispose dans cet Etat d'un établissement ayant une activité distincte mais indissociablement liée au traitement réalisé par l'établissement du responsable de traitement localisé dans un Etat tiers. Par cet arrêt, la Cour de justice a imposé aux opérateurs d'internet réalisant les traitements de données dans un Etat tiers de respecter le droit européen, et a même permis aux Etats membres sur le territoire desquels un responsable de traitement a un établissement doté d'une activité publicitaire ou autre d'imposer le respect de leur droit national au détriment du droit d'un autre Etat membre dans lequel le traitement est réputé être réalisé <sup>(73)</sup>. Un large pan d'internet, et plus précisément des traitements qui y sont mis en œuvre, avait ainsi basculé dans le champ d'application du droit européen.

Le règlement général sur la protection des données à caractère personnel a consacré cette jurisprudence par un ajout final à la formule reprise de l'article 4.1, *littera* a, de la directive 95/46/CE qui généralise de façon univoque l'arrêt *Google Spain et Google Inc*. En effet, aux termes de l'article 3.1 du règlement, il « s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union [cnqs] ». Le législateur affirme ainsi très clairement que les dispositions assurant la protection des données à caractère personnel s'appliquent

indépendamment de la localisation territoriale du traitement. En revanche, il demeure nécessaire que l'activité de l'établissement localisé dans un Etat membre soit indissociablement liée à ce traitement pour que le règlement s'y applique.

Quoi qu'il en soit, le législateur a ensuite fixé un critère d'application plus extensif encore de sorte que ce sont potentiellement tous les traitements mis en œuvre sur internet dans son entier qui devraient être soumis au règlement général sur la protection des données à caractère personnel <sup>(74)</sup>. En effet, l'article 3.2 en prescrit l'application aux « *personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement [...] qui n'est pas établi dans l'Union* ». Les deux conditions alternatives qui doivent s'ajouter à cette première circonstance ne réduisent pas la portée de ce second critère d'application qui permet au règlement de bénéficier à des personnes résidant dans l'Union comme à des personnes n'y étant que de passage <sup>(75)</sup> afin de donner toute son ampleur à la mise en œuvre du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel <sup>(76)</sup>. En effet, la première des conditions alternatives requiert que l'activité de traitement soit liée à l'offre de biens ou de services, qu'un paiement soit exigé ou non des utilisateurs. La seule accessibilité du site internet n'y suffit pas <sup>(77)</sup>. Un faisceau d'indices doit permettre d'établir une forme de ciblage des personnes se trouvant sur le territoire de l'Union (monnaie, langue, mention d'utilisateurs se trouvant dans l'Union) <sup>(78)</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler le critère de l'activité dirigée <sup>(79)</sup> qui subordonne l'applicabilité des règles protectrices du consommateur issues du droit international privé de l'Union <sup>(80)</sup>. De nombreux services de la société de l'information devraient ainsi tomber, à partir du 25 mai 2018, dans le champ d'application du droit européen de la protection des données à caractère personnel. La seconde des conditions alternatives permettra encore d'y soumettre ceux des services qui ne ciblent pas directement les utilisateurs situés sur le territoire de l'Union européenne mais qui ont une activité de traitement liée au suivi du comportement de ces personnes lorsqu'il a lieu au sein de l'Union. Les motifs du règlement visent notamment le « *profilage d'une personne physique, afin notamment de prendre des décisions la concernant ou d'analyser ou de prédire ses préférences, ses comportements et ses dispositions d'esprit* ». Or, le recours aux témoins de connexion aux fins de ciblage est désormais très largement répandu aux fins de diffusion de publicités ciblées connues pour leur rentabilité. Le règlement pourrait ainsi s'appliquer à des opérateurs établis à l'étranger qui ne ciblent pas les personnes se trouvant dans un Etat membre mais proposent des contenus qui leurs sont accessibles et donnent lieu à un profilage. La simple visite touristique d'un ressortissant américain utilisant, sur le territoire d'un Etat membre, les applications de son téléphone portable recourant au profilage de ses utilisateurs suffira à déclencher l'application du règlement général sur la protection des données.

L'extension considérable, pour ne pas dire la globalisation, du champ d'application du droit européen de la protection des données à caractère personnel marque l'ambition qu'a l'Union, en considération de l'aterritorialité du réseau internet, d'étendre l'empire de la protection de la vie privée au-delà des limites territoriales des Etats membres. Cette ambition ne pourra qu'être confirmée si les droits et obligations que ce droit prévoit sont dotés d'une portée universelle.

## **B – L'effet extraterritorial du droit uniforme**

Face à un réseau aterritorial, il serait vain que les prérogatives issues du droit européen de la protection des données à caractère personnel aient un effet territorialement limité. Toutefois, encore est-il nécessaire que ces prérogatives puissent s'exercer pour l'entier réseau et produire effectivement effet hors de l'ordre juridique dans lequel elles sont exercées.

Tout d'abord, le droit européen de la protection des données à caractère personnel a-t-il vocation à permettre l'exercice des prérogatives qu'il confère aux individus concernés par un traitement de données sur le réseau internet dans son entier ? Dans l'arrêt *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid IIsjan* <sup>(81)</sup>, dans lequel les dispositions du règlement « Bruxelles I » refondu sont interprétées aux fins de permettre l'exercice d'une action fondée sur la directive 95/46/CE, la Cour de justice considère, dans ses motifs brefs et catégoriques qu'« *eu égard à la nature ubiquitaire des données et des contenus mis en ligne sur un site internet et au fait que la portée de leur diffusion est en principe universelle [...] une demande visant à la rectification des premières et à la suppression des seconds est une et indivisible* » <sup>(82)</sup>. Il n'y a pas lieu de douter qu'elle considère que les prérogatives tirées du droit européen de la protection des données à caractère personnel ont une portée universelle puisque la source de l'atteinte portée au droit fondamental garanti par l'article 8 de la Charte est unique.

La portée de ces droits fait difficulté lorsque les données en cause figurent sur plusieurs extensions d'un même site. La question est actuellement pendante devant la Cour de justice s'agissant de l'exercice du droit au déréférencement qu'elle a déduit des termes de la directive 95/46/CE dans son arrêt *Google Spain et Google Inc* <sup>(83)</sup>. Le déréférencement, c'est-à-dire la décorrélation entre un mot clé, en l'espèce le nom de la personne concernée, entré dans la barre de recherche et un résultat s'impose-t-il pour les seules extensions européennes du moteur de recherche ou bien vaut-il pour toutes les extensions de son nom de domaine ? Le groupe de l'article 29 <sup>(84)</sup> et la Commission Nationale Informatique et Libertés se sont prononcées en faveur de la seconde alternative. Le premier appuie cette solution sur la recherche d'effectivité du droit au déréférencement qui serait privé de sa

portée s'il ne valait que pour les extensions européennes d'un moteur de recherche, dans la mesure où il suffirait de se rendre sur l'extension de domaine d'un Etat tiers pour bénéficier à nouveau de la corrélation entre le nom de la personne et les résultats de recherche <sup>(85)</sup>. L'autorité française de protection des données a porté le débat sur un terrain technique. Le traitement réalisé par les services des moteurs de recherche serait unique de sorte que les différentes extensions nationales ne seraient qu'autant de chemins d'accès techniques <sup>(86)</sup>. Ces points de vue tranchent avec celui de *Google* qui a contesté la sanction prononcée à son encontre <sup>(87)</sup> devant le Conseil d'Etat puisque cette société a soutenu qu'il existe autant de traitements que d'extensions du moteur de recherche ; seuls devraient être soumises au droit au déréférencement les extensions soumises au droit de l'Union, c'est-à-dire les extensions européennes. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 19 juillet 2017 <sup>(88)</sup>, ne va pas totalement la suivre dans son argumentation puisqu'il retient l'existence d'un traitement unique de données à caractère personnel dès lors que toutes les extensions sont accessibles depuis la France et qu'il existe entre elles des passerelles. En revanche, les arguments de *Google* seront plus porteurs s'agissant de la portée à donner au droit au déréférencement puisque la haute juridiction administrative ne déduit pas automatiquement la portée extraterritoriale du droit au déréférencement de l'existence d'un traitement unique soumis au droit français. Outre le flou de la décision de la Cour de justice, les arguments de la société californienne s'appuient sur l'atteinte qui serait portée à la souveraineté des autres Etats, ce qui impliquerait de considérer internet comme un espace sous emprise étatique et donc territorialisé par le truchement des extensions <sup>(89)</sup>, et surtout sur l'ingérence dans la liberté d'expression, prise dans son aspect droit d'accès à l'information. *Google* avait d'ailleurs proposé une solution à la CNIL, celle de limiter techniquement le service de recherche fourni aux personnes dont l'adresse IP est localisée dans un Etat membre afin de donner un effet territorialement limité au droit au déréférencement. Ces éléments conjugués ont conduit le Conseil d'Etat à surseoir à statuer pour interroger la Cour de justice sur la portée spatiale du droit au déréférencement. Le traitement étant par hypothèse unique, sauf pour la Cour de justice à revenir sur ce point, il lui appartiendra de déterminer si l'on peut fragmenter un traitement unique de données à caractère personnel dans l'espace. Est-il possible de reterritorialiser internet en lui façonnant autant de facettes qu'il y a d'Etats ?

La réponse à cette question n'est pas sans lien, ensuite, avec l'effet qui pourrait être donné à l'étranger aux décisions adoptées par les autorités compétentes des Etats membres, lequel subordonne pour une large partie l'effectivité des droits des personnes physiques contre le traitement des données les concernant. A cet égard, le cloisonnement des ordres juridiques maintient une limite certaine à l'effet extraterritorial de l'exercice des droits, puisqu'il délimite le périmètre au-delà duquel les Etats membres ne pourront effectivement contraindre à leur respect.

Celui-ci se traduit notamment par le pouvoir territorial qui est celui des autorités de contrôle chargées de surveiller l'application du droit européen de la protection des données afin de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement. L'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données à caractère personnel éliminera les difficultés intérieures à l'Union liées à la détermination de celui des droits nationaux applicables <sup>(90)</sup>. Une autorité de contrôle sera chef de file afin de coordonner l'action des autorités de contrôle nationales lorsqu'est en cause un traitement de données transfrontières <sup>(91)</sup>. Au-delà, les autorités de contrôle, à défaut de disposer d'un pouvoir de sanction extraterritorial <sup>(92)</sup>, peuvent-elles adresser des injonctions à des responsables de traitement établis hors de l'Union européenne ? Il semble que la réponse soit d'ores et déjà positive s'agissant des responsables de traitement qui, bien qu'établis dans un Etat tiers, disposent, dans un Etat membre d'un établissement dont l'activité est indissociable de celle de l'établissement par lequel est réalisé le traitement de données <sup>(93)</sup>. L'avocat général Yves Bot a d'ailleurs pu exprimer sa préférence pour une injonction directement adressée au responsable du traitement, même établi dans un Etat tiers, qui exerce une influence déterminante sur le traitement de données en cause plutôt qu'à l'établissement dans le cadre des activités duquel ce traitement est réalisé <sup>(94)</sup>. Reste la situation, appelée à s'étendre <sup>(95)</sup>, dans laquelle est applicable le droit européen sans que le responsable de traitement ne dispose d'aucun établissement dans l'Union. Dans cette hypothèse, l'émission d'une injonction semble futile dès lors qu'il n'existe aucun moyen de contraindre le responsable de traitement à mettre matériellement en œuvre la mesure prescrite.

La personne concernée, plutôt que de saisir l'autorité nationale de contrôle, pourra alors saisir les juridictions d'une demande visant à ce que le responsable de traitement établi dans un Etat tiers se conforme aux droits garantis par les dispositions européennes de protection des données qui lui sont applicables. Toutefois, encore sera-t-il nécessaire d'obtenir que cette décision puisse recevoir effet dans l'Etat dans lequel est établi ce responsable de traitement pour que la décision puisse être matériellement mise en œuvre en recourant, le cas échéant, à la contrainte locale. C'est alors que le droit l'Etat tiers concerné pourra constituer un obstacle dans la mesure où le droit d'accès aux informations tiré de la liberté d'expression ne reçoit pas la même portée partout dans le monde. Il n'y a pas à douter que les Etats-Unis, qui accueillent le plus grand nombre et les plus importants établissements des responsables de traitement de l'internet, en retiennent une acception moins favorable à la protection des données à caractère personnel qui pourrait justifier que les décisions européennes en la matière ne puissent y recevoir effet. Afin de favoriser la circulation hors l'Union des jugements et arrêts tirant les conséquences des droits issus du droit européen de la protection des données à caractère personnel, il ne sera

donc pas superflu que les juridictions prennent soin de circonstancier leur décision ainsi que de mettre expressément en balance l'exercice de ces droits avec la liberté d'expression <sup>(96)</sup>.

---

(1) Favorable à la méthode des lois de police s'agissant de la protection de la vie privée par le droit subjectif, J. MESTRE, « Les conflits de loi relatif à la protection de la vie privée », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, tome II, p. 239, spéc. n<sup>os</sup> 13 et s.

(2) V. en ce sens, C. LABRUSSE-RIOU, note sous Civ.1<sup>ère</sup>, 17 févr. 1982, *RCDIP* 1984, p. 451.

(3) Le meilleur exemple est à tirer de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 juin 1994 *RCDIP* 1995, p. 308, note Y. LEQUETTE). Cette dernière y fit une application directe de l'article 8 de la Convention EDH qui garantit le droit au respect de la vie privée concernant la demande d'un ressortissant argentin visant à obtenir la modification de la mention de son sexe. Alors que la loi argentine applicable devait conduire à le débouter, la Cour énonce que « *la matière des droits de l'homme est d'ordre public et que la protection de ces droits doit être assurée tant à l'égard des nationaux qu'à l'égard des ressortissants des Etats non parties s'ils sont domiciliés sur le territoire national [...] sans considération du statut personnel de l'intéressé* ».

(4) F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention EDH* thèse Limoges, 2005, n<sup>os</sup> 477 et s.

(5) Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *In Libertés et Droits fondamentaux*, R. CABRILLAC (*dir.*), Dalloz, 2017, p. 129, spéc. n<sup>o</sup> 240.

(6) La protection de la vie privée intéresse également deux autres matières, qui s'ajoutant aux conflits de juridictions et de loi, constituent le droit international privé au sens large. Il s'agit de la condition des étrangers et de la nationalité.

(7) V., par exemple, art. 311-21, alinéa 2, du code civil.

(8) Civ.1<sup>ère</sup>, 13 avril 1988, *Farah Diba*, *JCP G* 1988, II, 21320, note E. PUTAMN, *JDI* 1988, p. 752, note F. EDELMAN, *RCDIP* 1988, p. 546, note P. BOUREL ; comp., art. 159 de la loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais (*RCDIP* 2012, p. 1058).

(9) Sont exclues du champ d'application du règlement « Rome II », les « *obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation* » (art. 1<sup>er</sup>.2, litt. g, du règlement (CE) n<sup>o</sup>864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles).

(10) Art. 6 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, COM(2003) 427 final.

(11) En témoigne l'étude relative à la loi applicable aux obligations non contractuelles découlant des atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité qui devait être présentée par la Commission au plus tard le 31 décembre 2008 (art. 30 du règlement « Rome II »).

(12) Cons. 16 du règlement (UE) n<sup>o</sup>1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

(13) V., notamment, CJCE, 7 mars 1995, C-68/93, Fiona Shevill, *D.* 1996, p. 61, note G. PARLEANI, *JDI* 1995, p. 543, obs. A. HUET, *RCDIP* 1996, p. 487, note P. LAGARDE.

(14) V., à propos de la protection des données à caractère personnel, CJUE, 25 janvier 2018, C-498/16, Schrems c. Facebook.

(15) Voir en ce sens les développements de F. MARCHADIER, « Vie privée et droit international privé », *Jcl. Droit international*, Fasc. 544-50, 10 fév. 2016, n<sup>o</sup> 5 et s.

(16) Il n'en existe pas moins des instruments internationaux qui concernent certains aspects de la vie privée, notamment ceux élaborés au sein de la Commission Internationale de l'Etat Civil.

(17) Le droit international privé russe est ainsi à l'image du droit international privé commun et de l'Union (I. V. GETMAN-PAVLOVA et E. V. POSTNIKOVA, « La réforme du droit international privé de la Russie », *RCDIP* 2015, p. 751).

(18) Art. 33 de la loi n° 544-14 de droit international privé de la République dominicaine du 15 octobre 2014 (J. C. FERNDEZ ROZAS, « Le nouveau droit international privé de la République dominicaine », *RCDIP* 2015, p. 303).

(19) Art. 139 de la Loi du 18 décembre 1987 fédérale sur le droit international privé.

(20) Art. 112 et 113 de la loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé » (O. CAPATINA, « La réforme du droit international privé roumain », *RCDIP* 1994, p. 167).

(21) Art. 55 de la loi sur le droit international privé du 23 décembre 2013 (T. RACJEVIC, « La Loi sur le droit international privé de la République de Monténégro du 23 décembre 2013 », *RCDIP* 2015, p. 261).

(22) Art. 99, § 2, du Code de droit international privé.

(23) Pour un aperçu plus général et complet sur les aspects de droit international privé de la protection de la vie privée, voir, notamment, F. MARCHADIER, « Vie privée et Droit international privé », *op. cit.*

(24) Loin° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(25) Pr. et art. 1<sup>er</sup> de la convention du Conseil de l'Europe n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981 ; cons. 2, 7, 9, 10, 11 et 68 et art. 1.1 de la directive n°95/46/CE du Parlement européen 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 ; cons. 1, 4, 5, 6 et 7 et art. 1.1 de la directive n° 2002/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ; cons. 4 du règlement [UE] n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données).

(26) V., notamment, Cour EDH, Gde ch. 4 déc. 2008, S. et Marper c. Royaume-Uni, req. nos 30562/04 et 30566/04, *RFDA* 2009, p. 741, note S. PEYROU, *RSC* 2009, p. 182, note J.-P. MARGUENAUD.

(27) V., en dernier lieu, sur la conservation généralisée et indifférenciée de données relatives au trafic et à la localisation des abonnés et utilisateurs par le fournisseur de services de communications électroniques, CJUE, Gde ch., 21 déc. 2016, C-203/15 et C-698/15, *Rec. num, Europe* 2017, comm. 48, obs. F. GAZIN, *RTDE* 2017, p. 884, note M. BENLOLO-CARABOT.

(28) Art. 1.2 de la directive précitée.

(29) Cons. 6 et 9 du règlement général sur la protection des données.

(30) Le règlement général sur la protection des données laisse aux Etats un certain nombre de questions sur lesquelles ils doivent intervenir (par ex., art. 85 « traitement et liberté d'expression et d'information ») ou sur lesquelles ils peuvent adapter et prévoir des règles plus spécifiques (par ex., art ; 88 « traitement de données dans le cadre des relations de travail »).

(31) Google, Amazon, Facebook, Apple.

(32) CJCE, 7 mars 1995, C-68/93, *Rec. I-415, D.* 1996, p. 61, note G. PARLÉANI, *Europe* 1995, comm. n° 7, obs. L. IDOTJDI 1995, p. 543, note A. HUET, *RCDIP* 1996, p. 487, note P. LAGARDE.

(33) CJCE, 30 nov. 1976, aff. 21/76, *Rec. p. 1735, JDI* 1977, p. 728, obs. J. HUET.

(34) M. LAAZOUZI, note sous CJUE, Gde ch., 17 oct. 2017, C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ Ingrid IIsjan, *Rec. num., JCP G* 2017, 1293.

(35) CJCE, Fiona Shevill, *préc.*, pt. 32.

(36) CJUE, 25 oct. 2012, C-133/11, Folien Fischer, *Rec. num.*, pts. 45 et 46, *Procédures* 2013, comm. 13, obs. C. NOURISSAT, *RCDIP* 2013, p. 501, note H. MUIR WATT, *RTD civ.* 2013, p. 166, obs. P. THERY.

(37) CJCE, 15 févr. 1989, C-32/88, Six Constructions, *Rec. p. 341, pt. 13, JDI* 1989, p. 461, obs. A. HUET, *RCDIP* 1989, p. 560, note P. RODIÈRE.

(38) CJUE, Gde ch., 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *Rec. I-10269, D.*, p. 1279, note T. AZZI, *ibid.*, p. 1285, note S. BOLLÉE et B. HAFTEL, *Europe* 2011, comm. 499, obs. L. IDOT, *JCP G* 2012, 28, note S. FRANCO, *ibid.*, 27 février 2012, p. 443, obs. C. NOURISSAT, *JDI* 2012, p. 197, note G. GUIZIOU, *Légipresse* 2012, p. 98, note J.-S. BERGÉ, *RCDIP* 2012, p. 389, note H. MUIR WATT, *RJC* 2012, p. 29, note M.-É. ANCEL, *RTDE* 2011, p. 847, obs. É. TREPPOZ.

(39) Certains considèrent que le nouveau critère de compétence fondé sur l'article 5.3 d règlement « Bruxelles I », devenu 7.2 du règlement « Bruxelles I » refondu, dégagé pour internet, vaut quel que soit le média ou le support de communication (F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », *in Internet et le droit international*, Société française pour le droit international, Pedone, 2014, p. 167). Toutefois, la Cour de justice a ultérieurement cantonné le nouveau for au « contexte spécifique d'Internet » (CJUE, Gde ch., 17 oct. 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid IIsjan, Rec. num.*, pt. 32, *D.* 2018, p. 276, note F. JAULT-SESEKE, *JCP G* 2017, 1293, note M. LAAZOUZI).

(40) F. MARCHADIER, « Vie privée et Droit international privé », *op. cit.*, n° 37 et s. ; comp., maintenant une justification formellement procédurale, « la faculté pour la personne qui s'estime lésée de saisir les juridictions de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts d'une action au titre de l'intégralité du dommage allégué se justifie dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et non aux fins de protéger spécifiquement le demandeur », CJUE, Gde ch., *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid IIsjan, préc.*, pt. 38.

(41) CJUE, *eDate advertising, préc.*, pt. 49.

(42) CJUE, Gde ch., *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid IIsjan, préc.*

(43) *Ibid.*, pt. 41.

(44) *Préc.*

(45) Le *cloud computing* est une informatique décentralisée qui permet aux acteurs d'internet d'externaliser certains services numériques.

(46) *Ibid.*, pt. 48.

(47) *Ibid.*

(48) Art. 3.

(49) Art.4.1, *litt. b.*

(50) Art. 8.

(51) Art. 4.2.

(52) Art. 4.4.

(53) Voir, pour un exposé plus complet des difficultés, F. MARCHADIER, « Vie privée et Droit international privé », *op. cit.*, n° 5 et s.

(54) B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, n° 636.

(55) Civ.1<sup>ère</sup>, 13 avr. 1988, *préc.*

(56) Voir, par ex., s'agissant de la diffusion d'image de Kate Middleton dévêtue, TGI Nanterre, ord., 20 sept. 2012, RG n° 12/02127.

(57) V., sur cette opposition, *Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality. JLS/2007/C4/028. Final Report*).

(58) Le règlement « Rome II » donne en principe compétence objective à la loi du pays dans lequel le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit (art. 3.1).

(59) V., notamment en ce sens, TGI Paris, 29 sept. 1982, Romy Schneider et TGI Paris 27 avr. 1983, Caroline de Monaco, *RCDIP* 1983, p. 670 note H. GAUDEMET-TALLON.

(60) « [L]es faits s'irradient sur les territoires de plusieurs pays et peuvent dès lors être constitutifs de délits ou de quasi-délits entièrement distincts » (P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*,

LGDJ, 1961, p. 65).

<sup>(61)</sup> Comp., art. 17 du règlement « Rome II ».

<sup>(62)</sup> Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

<sup>(63)</sup> Cons. 23 e art. 1.4.

<sup>(64)</sup> *Préc.*

<sup>(65)</sup> Pt. 66.

<sup>(66)</sup> V., recourant aux règles de conflits de lois de la directive 95/46/CE s'agissant d'un litige relatif au caractère abusif de clauses figurant dans les conditions générales d'une plate-forme de vente en ligne, CJUE, 28 juillet 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon*, *Rec. num.*, pts. 72 et s., *D.* 2016, p. 2315, note F. JAULT-SESEKE, *JDI* 2017, p. 1478, note L. D'AVOUT, *RCDIP* 2017, p. 112, note S. CORNELOUP, *RJC* 2017, p. 206, note A. RECLUS.

<sup>(67)</sup> Il s'agirait d'une « *catégorie autonome de rattachement justifiant la compétence générale et préférentielle de l'ordre juridique du for* » (P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP* 2006-2008, Pedone, p. 153, spéc. p. 154), en l'occurrence celui de l'Union.

<sup>(68)</sup> Art. 4.1, *litt.* a.

<sup>(69)</sup> Art. 4.1, *litt.* c.

<sup>(70)</sup> CJUE, Gde ch., 13 mai 2014, C-131/12, *Rec. num.*, *CCE* 2014, étude 13, note A. DEBET, *D.* 2014, p. 1476, note V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *ibid.*, p. 1481, note N. MARTIAL-BRAZ et J. ROCHFELD, *JCP G* 2014, 768, note L. MARINO, *RTDE* 2014, p. 283, édito J.-P. JACQUÉ.

<sup>(71)</sup> Art. 4.1, *litt.* a.

<sup>(72)</sup> Pt. 56.

<sup>(73)</sup> V. CNIL, Délib. n° 2017-006, 27 avr. 2017, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés Facebook Inc. et Facebook Ireland.

<sup>(74)</sup> V., déjà, sur l'extension indirecte du champ d'application de la directive 95/46/CE résultant de ce que le transfert de données à caractère personnel effectué sur le territoire d'un Etat membre est un traitement qui ne peut ainsi avoir lieu que dans le plein respect du droit applicable dans cet Etat membre, CJUE, Gde ch., Schrems, C-362/14, *Rec. num.*, pts. 45 et 46, *CCE* 2015, comm. 94, note A. DEBET, *D.* 2016, p. 111, note B. HAFTEL, *ibid.*, p. 88, obs. C. CASTETS-RENARD, *RTDE* 2015, p. 786, note M. BENLOLO CARABOT.

<sup>(75)</sup> En revanche, le projet de loi relatif à la protection des données personnelles prévoit que les dispositions françaises qui adaptent ou complètent les droits et obligations prévus par le règlement ne s'appliqueront qu'aux personnes résidant en France (art. 8 du projet de loi relatif à la protection des données personnelles adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 13 février 2018, texte adopté n° 84).

<sup>(76)</sup> F. JAULT-SESEKE et C. ZOLYNSKI, « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles » *D.* 2016, p. 1874.

<sup>(77)</sup> Cons. 23 du règlement général sur la protection des données.

<sup>(78)</sup> *Ibid.*

<sup>(79)</sup> F. JAULT-SESEKE et C. ZOLYNSKI, *loc. cit.*

<sup>(80)</sup> Art. 17 du règlement « Bruxelles I » refondu et 6 du règlement « Rome I ». V., sur les indices susceptibles de caractériser une activité dirigée vers un Etat membre en application de l'article 15 du règlement « Bruxelles I », devenu l'article 17 du règlement « Bruxelles I » refondu, CJUE, 7 déc. 2010, C-585/08 et C-144/09, *D.* 2011, p. 5, obs. C. MANARA, *ibid.*, p. 990, note M.-E. PANCRAZI, *RCDIP* 2011, p. 414 note O. CACHARD, *RTDE* 2011, p. 475, obs. E. GUINCHARD.

<sup>(81)</sup> *Préc.*

<sup>(82)</sup> Pt. 48.

<sup>(83)</sup> *Préc.*

<sup>(84)</sup> Groupe de travail constitué par l'article 29 de la directive 95/46/CE. Il rassemble les représentants de chaque autorité indépendante de protection des données nationales.

<sup>(85)</sup> Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on « Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González » C-131/12, 26 nov. 2014, pt. 20.

<sup>(86)</sup> CNIL, délibération de la formation restreinte n° 2016-054 du 10 mars 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'entre de la société Google Inc. ; comp., à propos de *Facebook*, « *ce réseau social international est constitué d'une plateforme unique permettant aux utilisateur du monde entier d'être connectés les uns avec les autres [...] il repose sur le traitement des données des utilisateurs et sur leur combinaison* [exploitée au titre d'une stratégie commerciale qui] n'est pas propre aux utilisateur non-américains mais résulte bien d'une politique unique appliquée à l'ensemble du réseau social », CNIL, délibération de la formation restreinte SAN –2017-006 du 27 Avril 2017 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés FACEBOOK INC. et FACEBOOK IRELAND.

<sup>(87)</sup> Délibération n° 2016-054 précitée.

<sup>(88)</sup> CE, 19 juill. 2017, n° 399922, *CCE* 2017, comm. 85, obs. A. DEBET, *RFDA* 2017, p. 972, concl. A. BRETONNEAU.

<sup>(89)</sup> L'argument, qui fait référence à la courtoisie internationale, est en lien avec la conception américaine du droit international privé, où l'empreinte publiciste est encore assez forte.

<sup>(90)</sup> Voir, par exemple, CJUE, 1<sup>er</sup> oct. 2015, C-230/14, *Weltimmo*, *Rec. num.*, *CCE* 2015, comm ; 101, obs. A. DEBET, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 47, obs. N. METALLINOS.

<sup>(91)</sup> Art. 56 et 60 du règlement général sur la protection des données.

<sup>(92)</sup> CJUE, *Weltimmo*, *préc.*, pt. 57.

<sup>(93)</sup> Délibération n° 2016-054 précité et SAN-2017-006 précitées.

<sup>(94)</sup> Concl. sous l'affaire *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein* (C-210/16), pt. 125. En l'espèce, l'avocat général évoque la situation de Facebook possédant un établissement en Irlande réputé réalisé les traitements de données à caractère personnel des extensions européennes de ce réseau social mais pour lesquels le véritable centre de décision est l'établissement californien de cette société.

<sup>(95)</sup> Cf. *supra*.

<sup>(96)</sup> Comp., à propos de l'exercice du droit au déréférencement, « *la juridiction saisie d'une demande de déréférencement est tenue de porter une appréciation sur son bien-fondé et de procéder, de façon concrète, à la mise en balance des intérêts en présence, de sorte qu'elle ne peut ordonner une mesure d'injonction d'ordre général conférant un caractère automatique à la suppression de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages internet contenant des informations relatives à cette personne* », Civ.1<sup>ère</sup>, 14 février 2018, n° 17-10.499.

# Rapport final

Jean-Pierre Marguénaud

Professeur de droit privé

Université de Limoges

Membre de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH)

Université de Montpellier

L'intitulé du deuxième colloque organisé au titre des Transversales de Lyon 2 par Valérie Goesel-Le Bihan se termine sur un point d'interrogation qui en appelle encore d'autres. D'abord, celui ajouté par Frédéric Sudre qui a demandé avec insistance "quelle vie privée ?". On pourrait en introduire un autre : pourquoi la protection de la vie privée seulement par le juge ?

La réponse à cette dernière question tient peut-être en deux points. Le premier, c'est que la vie privée a souvent été protégée d'abord par le juge. C'est ce qui est advenu en droit allemand comme l'a établi Constance Grewe en montrant comment le droit au respect de la vie privée y a surgi dans la mouvance des droits de la personnalité. C'est vrai aussi en droit états-unien puisque, comme l'a dûment rappelé Idriss Fassassi, le *right of privacy* a été forgé par la Cour suprême. Cela se vérifie encore en droit français. Le Doyen Jean-Christophe Saint-Pau a, en effet, rafraîchi bien des mémoires, en affirmant que la jurisprudence l'avait consacré longtemps avant que la loi du 17 juillet 1970 ne lui dédie l'article 9 du Code civil dans une affaire jugée en 1858 au bénéfice de la sœur de la grande tragédienne Rachel portraiturée sur son lit de mort. Ce qui établit que historiquement la vie privée a des liens très étroits avec la mort privée.

La seconde raison d'avoir privilégié la protection de la vie privée par le juge, c'est que, dans le contexte de lutte irrationnelle contre le terrorisme, dûment et gravement rappelé par le Doyen Guillaume Protière, les menaces les plus frontales et les plus dangereuses portées à la vie privée viennent de la loi.

Dès lors, la protection de la vie privée par le juge est soumise à de nombreuses tensions soigneusement relevées par Peggy Ducoulombier qui, relayée par Idriss Fassassi, a particulièrement insisté sur celle tenant à la légitimité du juge à s'en occuper, de sorte qu'il est permis d'affirmer que la suspicion de gouvernement des juges plane sur la protection de la vie privée.

Dans ce contexte en effervescence, toutes les interventions ont montré que le juge au sens large avait étendu le champ de la vie privée protégée, et la plupart se sont interrogées sur les techniques et l'intensité du contrôle qu'il déploie pour la défendre contre les attaques toujours plus sophistiquées et numérisées qui la menacent. Pour une fois, le plan du rapport final n'était donc pas très difficile à bâtir puisqu'il suffisait de généraliser celui que, avec un remarquable sens de l'homogénéité spontanée, pratiquement tous les rapporteurs avaient à peu près suivi. Il n'y avait plus qu'à nommer les deux parties. Là aussi tout allait à merveille jusqu'à ce que Frédéric Sudre, suivant un terme que tout le monde utilise aujourd'hui sans se douter de son origine française, ne vienne spoiler "la corne d'abondance" déjà convoquée dès la première édition des « *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme* » - rédigés sous sa direction - pour montrer la continuelle extension, à partir de l'article 8 de la CEDH, de la protection de droits se situant dans le prolongement du droit au respect de la vie privée. Il a donc fallu se réorganiser en catastrophe pour installer les fruits et les légumes dans le jardin où on peut les cueillir. Il ne restait plus qu'à trouver quelque chose d'un peu candide qui pourrait donner l'idée d'une protection plus ou moins armée des trésors du jardin. D'où la tentative de regrouper les éléments relatifs à la protection de la vie privée par le juge autour des deux idées suivantes : Agrandir le jardin (I) ; attifer l'épouvantail (II).

## Première partie : Agrandir le jardin

Pour illustrer son propos, Valérie Goesel-Le Bihan n'a pas hésité à invoquer une fable de La Fontaine *La grenouille qui voulait se faire aussi grosse que le boeuf*. Pour traduire la même idée d'extension effrénée du champ de la vie privée, il est donc permis de convoquer une autre fable de La Fontaine qui n'est pas de La Fontaine mais de Florian : *"Le grillon"* dont la célèbre morale est "pour vivre heureux, vivons cachés". Or, le temps n'est plus, justement, où la vie privée consistait à se tenir à l'abri des regards indiscrets et à empêcher les autres de savoir avec qui l'on se couche et avec qui l'on se lève. Comme, aux dires maintes fois répétés de la Cour européenne des droits de l'Homme, il n'y a pas de définition de la vie privée, presque tout à vocation à en faire partie si bien qu'il faut toujours agrandir le jardin pour pouvoir la contenir. Cette extension s'est réalisée par un autre cinglant démenti à la morale d'une autre fable de La Fontaine qui n'est pas de La Fontaine mais de Florian, *"Le vacher et le garde-chasse"*: "chacun son métier et les vaches seront bien gardées". Les juges, de plus en plus ouverts au dialogue, se sont mis en effet à regarder comment les autres faisaient pour protéger la vie privée en sorte qu'il a été donné d'assister, tout au long du colloque, à un festival d'influences croisées (A) qui a néanmoins

laissé percevoir l'urgence de trouver au jardin de nouvelles limites (B).

### **A. Le festival des influences croisées**

Peggy Ducoulombier, les yeux toujours fixés sur la ligne d'horizon, a tellement bien décrit l'inlassable travail d'agrandissement du jardin de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'Homme, mobilisant à cette fin autonomie personnelle, autodétermination, combinaison de l'article 14 avec l'article 8, droit au développement, que l'on pourrait croire la matière complètement dominée par son audacieux exemple. Effectivement, la Cour de Strasbourg est bien la locomotive - ou plutôt le bulldozer - qui a ouvert la voie dans laquelle d'autres juges protecteurs de la vie privée se sont engouffrés à l'exemple prestigieux de la Cour suprême des USA qui, par l'arrêt *Lawrence c/ Texas* du 26 juin 2003 dont Idriss Fassassi n'a pas manqué de souligner l'importance, s'est directement appuyée sur l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 pour procéder à une spectaculaire amélioration de la vie privée des homosexuels. La Cour de Luxembourg et, en France, le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge judiciaire ont également trouvé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme le courage, l'inspiration, les indications - pour ne pas dire les prescriptions - nécessaires pour procéder à une extension du champ de la vie privée protégée. La nécessité de réduire le risque de transformer le rapport final en un procès-verbal de réunion, et le souci de pas mettre à nouveau en évidence la distinction entre vie privée personnelle et vie privée sociale dispenseront d'énumérer ces nombreux signes de rayonnement national de l'article 8 retravaillé sur les bords de l'III. On s'en tiendra à insister sur le rôle, suggéré par Christophe Roux, qu'a pu jouer cet article tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg pour aider le juge administratif à retirer au juge judiciaire le monopole national de la protection de la vie privée.

On a vu, cependant, que l'influence n'est pas à sens unique. Hélène Surrel a ainsi démontré que, bien avant celle de Strasbourg, la Cour de Luxembourg avait intégré l'état de santé dans la vie privée. Sur l'insistance de Jean-Christophe Saint-Pau, elle a également avoué que, par son arrêt *Varec SA* du 14 février 2008, la Cour de Justice, encore des Communautés européennes, avait reconnu, bien plus clairement que ne l'avait encore fait la Cour européenne des droits de l'Homme, le droit au respect de la vie privée des personnes morales qui fait encore antichambre au Conseil d'État et à la Cour de cassation. On a également appris, grâce à Constance Grewe, que la protection relative du droit de connaître ses origines a été inspirée à la Cour de Strasbourg par le juge constitutionnel allemand.

Il faut également savoir que le juge national sait parfois faire preuve d'audace en matière d'extension du jardin de la vie privée sans attendre l'exemple de la Cour de Strasbourg, ni de qui que ce soit d'autre. Tel est le cas du juge judiciaire qui, au titre de la confrontation de la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée à propos d'oeuvres d'art, a mis en place une protection, d'ailleurs contestable, de la vie privée fictive, décrite avec conviction par Anne-Emmanuelle Kahn.

Cette effervescence jurisprudentielle, justement parce que jurisprudentielle, c'est-à-dire alimentée au hasard d'initiatives contentieuses le plus souvent privées, ne suffit pourtant pas toujours pour relever les défis auxquels se trouve confrontée la délimitation contemporaine du champ de la vie privée.

### **B. L'urgence de la fixation de nouvelles limites**

L'urgence est liée aux ravages que l'utilisation d'internet peut provoquer dans les vies privées. Ces ravages ont été parfaitement décrits par Ludovic Pailler qui a montré comment, mises bout à bout, les données à caractères personnel livrées délibérément ou inconsciemment aux divers fournisseurs de services sont devenues un enjeu majeur de l'économie numérique. Face aux risques inhérents à ce phénomène, il y a urgence à délimiter les frontières de la vie privée aussi bien dans le temps que dans l'espace.

Dans le temps, l'extension de la protection de la vie privée se fait par le déréférencement, qui a quelque chose à voir avec le droit à l'oubli. Le Président Régis Fraise nous a fait vivre presque en direct, notamment à partir d'une décision QPC du 27 octobre 2017 à effet différé au 1er mai 2018, le déplacement en cours de ces limites temporelles.

Dans l'espace, l'extension des limites de la protection de la vie privée face aux menaces électroniques est sur le point d'être réalisée aux USA par une décision très attendue - et déjà annoncée par I. Fassassi - de la Cour suprême. Elle passe, à l'évidence, par le droit international privé dont Ludovic Pailler, par arrêt *Google Spain* interposé et effet extra-territorial revendiqué, a montré les courageux efforts.

Pour terminer cette première partie, il faut évoquer un aspect qui n'a pas été abordé dans ce colloque. Traiter un sujet, c'est aussi en étudier l'envers qui est, en l'occurrence, la surprotection de la vie privée des uns par l'anonymat à l'abri duquel on peut porter impunément atteinte à la réputation, à l'honneur et, finalement, à la vie privée des autres. Cette question présente une certaine gravité à moins que l'on ne s'habitue à ce qu'internet ne modifie à grande vitesse la morale d'une des plus célèbres fables de La Fontaine pour qu'elle devienne "la raison

du plus c... est toujours la meilleure". Comme le temps du colloque était compté, il aurait peut-être fallu, dès lors, remplacer le rapport final par une communication supplémentaire sur les prolongements de l'arrêt de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme *Delfi AS c/ Estonie* du 16 juin 2015 admettant une responsabilité relative des portails d'actualité du fait des commentaires injurieux des internautes...

Venant, en somme, d'évoquer le loup dans la bergerie de la vie privée, on a un peu perdu de vue la métaphore du jardin. Il est temps d'y revenir pour évoquer la mise en œuvre de la protection des fruits qu'il contient.

## **Seconde partie : Attifer l'épouvantail**

Pour que l'épouvantail juridictionnel ait quelques chances de protéger efficacement le grand jardin de la vie privée contre les petits moineaux particuliers, le grand corbeau étatique et les vautours multinationaux, il faut l'équiper de méthodes de contrôle (A) et doser l'intensité du contrôle exercé (B), suivant un plan éhontément emprunté à Christophe Roux.

### **A - Les méthodes de contrôle**

Cet aspect central du colloque est tellement dense que, exceptionnellement, il sera subdivisé en deux volets. Il seront dénommés, de manière résolument énigmatique pour commencer, le théorème de Constance Grewe (I) et le théorème de Lyon 2 (II).

#### *I - Le théorème de Constance GREWE*

Valérie Goesel-Le Bihan a très bien établi la distinction entre, d'un côté, le contrôle qui est à la fois étendu - puisqu'il comprend les trois éléments de la proportionnalité que sont l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité proprement dite des mesures atteignant la vie privée - et entier - puisqu'il ne se borne pas à vérifier si la sanction ne fait pas apparaître des disproportions manifestes - et, d'un autre côté, le contrôle global, mais également restreint au cas de disproportion manifeste, de l'atteinte au droit au respect de la vie privée. Frédéric Sudre a d'ailleurs saisi l'occasion de dénoncer à nouveau le manque de rigueur de la doctrine quant à la vérification de la mise en œuvre de la distinction entre proportionnalité au sens large et proportionnalité proprement dite que la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même ne fait pas toujours correctement même si, grâce à l'arrêt de Grande chambre *Paradiso et Campanelli c/ Italie* du 24 janvier 2017 mobilisé par Peggy Ducoulombier, elle semble avoir heureusement rectifié le tir.

Quoi qu'il en soit, l'appropriation du principe européen de proportionnalité, au sens large ou proprement dit, par le juge national - qui correspond à ce que trois auteurs provocateurs ont qualifié de « révolution tranquille » - a fortement retenu l'attention de beaucoup d'intervenants. Cette mutation institutionnelle et juridique majeure a été magistralement décrite par Valérie Goesel-Le Bihan, Christophe Roux encore sous le choc provoqué par l'arrêt du Conseil d'État *Gonzalez Gomez* du 31 mai 2016 - qui a institué le contrôle de conventionnalité *in concreto* dans une célèbre affaire de procréation *post mortem* - et par un triumvirat de Professeurs de droit privé grâce à qui le rapporteur final s'est senti un peu moins marginal : Hugues Fulchiron qui, à propos de récents arrêts de la Cour de cassation spectaculairement rendus en droit de la famille, a subtilement décrit le mécanisme de contrôle du contrôle de proportionnalité ; Jean-Christophe Saint-Pau qui a insisté sur deux cas d'application du principe du principe de proportionnalité entre intérêts privés (vie privée contre droit à la liberté d'expression/ vie privée contre droit à la preuve) et Sylvaine Laulom qui a jeté un regard particulièrement autorisé sur les questions de droit social, et particulièrement sur l'arrêt de grande chambre *Barbulescu c/ Roumanie* du 5 septembre 2017, relatif à l'utilisation par le salarié de son ordinateur professionnel pour accéder à sa messagerie personnelle, montrant mieux comment la proportionnalité devient « privatisée » quand elle doit jouer entre des intérêts particuliers, en l'occurrence celui de l'entreprise - et celui du salarié au respect de sa vie privée.

Ces ramifications toujours plus subtiles de la proportionnalité, pour révolutionnaires qu'elles puissent paraître, ne doivent pas faire oublier que, aux USA, suivant le témoignage d'Idriss Fassassi, un simple contrôle de la nécessité suffit à assurer une protection efficace du *right of privacy*. Surtout, elle doivent être appréciées et méditées à la lumière de la forte observation à valeur de théorème exprimée par Constance Grewe : un contrôle particulièrement poussé ne signifie pas que les droits de l'individu sont particulièrement bien protégés.

#### *II - Le théorème de Lyon 2*

Ce second théorème qui s'est révélé au cours de la deuxième édition des transversales de Lyon 2 pourrait s'exprimer de la manière suivante : dès qu'un aspect de la vie privée est convenablement protégé par le juge, il en est détaché pour s'épanouir à un autre titre.

Ainsi Idriss Fassassi nous a-t-il donné à comprendre que, aux USA, le *right of privacy* qui, lui, est toujours bien

protégé a été progressivement remplacé par un rattachement au XIV<sup>ème</sup> amendement au nom duquel, on le sait, la Cour suprême a décidé par l'arrêt *Obergefell v. Hodges* du 26 juin 2015 que le mariage homosexuel est un droit constitutionnel.

En Europe, ce sont les données personnelles, pourtant situées elles aussi au cœur de la vie privée personnelle, qui relèvent du théorème de Lyon 2. Sans doute, leur protection conventionnelle a-t-elle été organisée au nom du droit au respect de la vie privée par l'essentiel arrêt de grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme *S. et Marper c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, qui a connu de nombreuses répliques françaises ayant appelé des rectifications constitutionnelles décrites par Valérie Goesel-Le Bihan. Il n'en reste pas moins que, comme l'a démontré Héléne Surrel, il existe, en la matière, une influence majeure de la CJUE laquelle, grâce à l'article 8 de la Charte fondamentaux de l'Union européenne qui lui est spécialement consacré, met progressivement en place une protection autonome du droit à la protection des données à caractère personnel renforçant celle offerte par le droit au respect de la vie privée. Cette illustration du théorème de Lyon 2 est si remarquable qu'il aurait été envisageable de bâtir le plan du rapport final en deux parties opposant la protection de la vie privée proprement dite et la protection des données à caractère personnel. Peut-être y aurait-il eu un déséquilibre car alors toute une partie aurait dû être une synthèse de la très dense contribution du Président Régis Fraisse qui a fait surgir comme d'un chapeau le sanctionnateur, le contrôleur et l'administrateur sous le regard attentif du magistrat de l'ordre judiciaire qui veillait à la qualité des débats de l'après-midi, le Premier Président R. Vanhasbrouck.

### **B - L'intensité du contrôle**

Si l'on veut que l'épouvantail ait quelques chances d'effrayer les oiseaux toujours prêts à saccager le jardin de la vie privée, il faut au moins qu'il ait gardé son écharpe et son chapeau. Pour l'écharpe, cela va encore mais le vent souffle si fort qu'il est permis de se demander si le chapeau ne va pas être emporté.

Ainsi Valérie Goesel-Le Bihan a-t-elle parfaitement établi qu'il n'avait pas fallu attendre l'état d'urgence pour que la protection constitutionnelle de la vie privée soit secondarisée par le jeu de migrations normatives de la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution vers la liberté personnelle de l'article 2. Les exigences supposées de la lutte contre le terrorisme accentuent, à l'évidence, le décrochage, la glissade européenne et nationale de la protection de la vie privée contre lesquels il ne faut pas laisser le Doyen Guillaume Protière s'insurger seul.

Il existe également d'autres vents violents qui peuvent faire tomber le chapeau de l'épouvantail et entraîner une baisse de l'intensité du contrôle des atteintes à la vie privée. Il pourrait s'agir de celui qui pousse à retrouver les racines chrétiennes de l'Europe lesquelles, au grand dam de Peggy Ducoulombier, ont conduit la Cour européenne des droits de l'Homme à écarter la reconnaissance du droit à l'avortement par son arrêt de grande chambre *A, B et C c/ Irlande* du 16 décembre 2012, et peut-être même à désactiver le droit d'accoucher à domicile par son autre arrêt de grande chambre *Dubská et Krejzová c/ République tchèque* du 15 novembre 2016.

Cette touche de pessimisme final incite à suggérer en conclusion que, pour l'honneur des sociétés démocratiques, le juge élargit courageusement (le plus souvent) le domaine de la vie privée pour répondre au mieux aux attaques de plus en plus massives et insidieuses qui la menace mais que, au péril de la sécurité juridique, voire de l'État de droit, il choisit prudemment (en général) les moyens de la protéger concrètement. Bien entendu, chacun pourra moduler, corriger, récuser, inverser cette appréciation en fonction du juge qu'il connaît le mieux étant donné que le colloque n'avait pas placé la vie privée sous la protection du Juge au singulier avec un J majuscule, mais plutôt sous celle de juges au pluriel avec un j minuscule. Autrement dit, cette conclusion n'est pas une conclusion, mais plutôt une invitation à prolonger la discussion entre privatistes et publicistes, internistes et internationalistes, communautaristes et droit-de-l'hommistes, comparatistes, politologues et historiens, dans le plus pur esprit des Transversales de Lyon 2.

# Mentions légales

ISBN : **978-2-9563746-0-2**

Novembre 2018

Equipe de recherche : Droits, Contrats, Territoires (EA 4573)

Axe "Droits fondamentaux, Justice et Régulation"

Dir. : V. Goesel-Le Bihan, Professeure de droit public à l'Université Lumière Lyon 2

4 bis, rue de l'Université

69007 LYON