COUR DE CASSATION

Rapport de M. Xavier Serrier, conseiller (1ère chambre civile)

Arrêt n° 155 du 17 février 2021

Pourvoi n° C 19-24.780

Décision attaquée : arrêt du 25 septembre 2019 de la cour d'appel de Paris

M. H... K...

c/

Mme V... T...

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. K... est représentant légal de la société H... K... consulting, spécialisée dans la supplémentation nutritionnelle.

Par arrêt du 18 mars 2009 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, devenu définitif suite au rejet de son pourvoi le 21 septembre 2010, il a été déclaré coupable des faits d'exercice illégal de la pharmacie, commercialisation de médicaments sans autorisation de mise sur le marché, infraction à la réglementation de la publicité des médicaments.

Par arrêt du 4 mai 2011 de la même cour d'appel, il a été déclaré coupable de fraude fiscale et d'omission d'écritures en comptabilité.

Par décision du 11 avril 2019, la Cour de révision et de réexamen des condamnations pénales a annulé l'arrêt du 4 mai 2011.

M. K... a découvert fortuitement qu'une page faisant état de ces procédures pénales et invitant au moyen d'un lien hypertexte à consulter l'avis de décès de son père publié sur le site www.dansnoscoeurs.fr, lui était consacrée sur un site internet se présentant comme ayant vocation à traiter des « croyances irrationnelles », accessible à l'adresse www.psiram.com, dont l'auteure est Mme T....

Soutenant que cette publication portait atteinte à l'intimité de sa vie privée, M. K... a assigné Mme T... sur le fondement de l'article 9 du code civil.

Par jugement du 14 février 2018, le tribunal de grande instance de Paris a ordonné à Mme T... de supprimer la page litigieuse sous astreinte et condamné cette dernière à verser des dommages-intérêts à M. K....

Par arrêt du 25 septembre 2019, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement et rejeté les demandes de M. K....

C'est la décision attaquée.

Arrêt : 25 septembre 2019
Déclaration de pourvoi du 25 novembre 2019
Mémoire ampliatif déposé le 15 mai 2020 et signifié le 28 mai 2020
Mémoire en défense déposé le 24 juillet 2020 et signifié le même jour
Article 700 CPC :
- En demande : 4 000 euros
- En défense : 4 000 euros
La procédure paraît régulière

2 - Énoncé du moyen

M. K... fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes alors :

« **1°/** que porte atteinte au droit au respect dû à la vie privée la publication d'une condamnation pénale annulée ; que la publication concomitante de la décision d'annulation n'est pas de nature à faire disparaître l'atteinte ; qu'ayant constaté que Mme T... avait, sur le site www.psiram.com, fait état de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 4 mai 2011 condamnant M. K... du chef de fraude fiscale et reproduit l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2012, la cour d'appel, qui a énoncé, pour écarter toute atteinte à la vie privée de M. K..., que Mme T... avait également reproduit l'arrêt de la Cour de révision et de réexamen du 11 avril 2019 ayant annulé l'arrêt de la cour d'appel

d'Aix-en-Provence du 4 mai 2011, a statué par un motif inopérant et violé les articles 9 et 1240 du code civil ;

2°/ que le droit au respect dû à la vie privée d'une personne et le droit à la liberté d'expression ayant la même valeur normative, 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 ; que, pour effectuer cette mise en balance des droits en présence, il doit prendre en considération la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, et procéder, de façon concrète, à l'examen de chacun de ces critères ; qu'en se bornant à relever, dans l'exposé des faits, que le site internet litigieux se présentait comme ayant vocation à parler des « croyances irrationnelles » et traitait de sujets tels que la théorie du complot, l'homéopathie, l'ésotérisme, la guérison spirituelle ou encore l'électromagnétisme, sans identifier le sujet d'intérêt général abordé par les propos de Mme T... qui aurait été de nature à justifier la publication d'informations afférentes à la vie privée de M. K..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code civil ;

3°/ que le fait que des informations d'ordre privé soient déjà dans le domaine public ne les soustrait pas à la protection du droit au respect de la vie privée ; qu'elles ne peuvent être utilisées d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi l'intéressé pouvait raisonnablement s'attendre ; qu'en énonçant, pour écarter toute atteinte au droit au respect de la vie privée de M. K..., que l'avis de décès de son père avait été publié par la famille sur un site internet nécrologique accessible à tout internaute, y compris plusieurs années après le décès, bien que cette circonstance n'autorisât pas Mme T... à le publier en annexe de l'article litigieux, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à justifier l'atteinte au droit au respect de la vie privée de M. K..., a privé sa décision de base légale au regard des articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code civil ;

4°/ qu' en toute hypothèse, l'atteinte portée à la vie privée d'une personne ne peut être légitimée par le droit à l'information du public que si les informations contenues dans la publication, appréciée dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, sont de nature à nourrir le débat public sur le sujet d'intérêt général qui est à son origine ; qu'en se bornant à énoncer, pour écarter toute atteinte à la vie privée de M. K..., que la composition de sa famille n'était évoquée dans l'article litigieux qu'en lien avec ses activités professionnelles, dans lesquelles il était secondé par son père, son épouse et son fils, sans s'expliquer sur la divulgation par la publication de l'avis de décès de G...K... en annexe de l'article litigieux, d'informations à caractère privé sans lien avec le sujet abordé, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard des articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code civil. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

La publication d'une condamnation pénale annulée porte-t-elle atteinte à l'intimité de vie privée ? Conciliation entre le droit au respect dû à la vie privée d'une personne et la liberté d'expression. Publication d'informations privées déjà connues du public.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

- Les première et deuxième branches

* Le droit au respect dû à la vie privée d'une personne et le droit à la liberté d'expression

La protection de la vie privée[1] vise à assurer à toute personne le respect de sa vie privée, de son intimité, et à sanctionner, le cas échéant, la divulgation illégale de renseignements le concernant. En outre, elle reconnaît aux individus une sphère de vie privée[2] à l'intérieur de laquelle nul ne peut s'immiscer[3]. Les frontières de la vie privée sont variables, subjectives[4] et dépendent des circonstances, des personnes impliquées et des valeurs de la société. La divulgation de faits privés liés à une personne peut être considérée comme une intrusion à leur intimité, mais elle peut aussi être considérée comme une information légitime.

Le droit au respect dû à la vie privée d'une personne et le droit à la liberté d'expression sont en effet des droits d'égale valeur : le premier est garanti par les articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code civil, et a valeur constitutionnelle (voir, notamment, en ce sens : CC, décision n 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 45 ; CC, décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 75 ; CC, décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, cons. 21) ; le second est proclamé par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'ensuit que, lorsque ces droits entrent en conflit, le juge saisi ne peut mécaniquement faire prévaloir l'un sur l'autre et doit, au contraire, se livrer à un examen *in concreto* pour déterminer si, dans l'affaire qui lui est soumise, il y a lieu de protéger l'un plutôt que l'autre.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle, ainsi, de manière constante, la nécessité de mettre en balance le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression (voir, par exemple : CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c. Allemagne, n° 59320/00, § 58). La Cour de cassation a, quant à elle, solennellement affirmé que, « 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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. » (1re Civ., 9 juillet 2003, pourvoi n° 00-20.289, Bull. 2003, I, n° 172).

Les critères que le juge doit prendre en considération pour procéder à cette mise en balance des droits, progressivement dégagés par la jurisprudence européenne (voir, notamment : CEDH, 7 février 2012, Axel Springer AG c. Allemagne [GC], n° 39954/08, §§ 89 à 95 ; CEDH, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France [GC], n° 40454/07, §§ 90 à 151), sont les suivants :

- la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général,

- la notoriété de la personne visée,

- l'objet du reportage,

---

[1] J. Harivel, Libertés publiques, libertés individuelles, risques et enjeux de la société numérique, thèse, Paris I, 2018, p. 374

[2] « *La sphère de la vie privée a un caractère éminemment subjectif qui se rapporte à l'identité de la personne, à son rôle social, à nature des actes qu'elle accomplit », F. Allard, in « Les droits de la personnalité* », Barreau du Québec, « Personnes familles et successions », collection de droit 1997-1998, Cowansville, Ed. Y. Blais, 55-75

[3] P. Trudel, « La protection de la vie privée », cours, Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, CRDP, Université de Montréal ; G. Cornu évoque « *le droit de n'être trouvé par autrui, ni chez soi [...], ni dans son quant à soi* », in vocabulaire juridique, PUF, 2000, 8ème éd.

[4] P-B Lebrun, « La vie privée », Empan 2015/4 (n° 100), p. 168-172

- le comportement antérieur de la personne concernée,

- le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies.

La Cour de cassation a consacré ces critères et impose aux juges du fond de « *procéder, de façon concrète, à l'examen de chacun* » d'eux (1re Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.741, Bull. 2018, I, n° 56 ; 1re Civ., 10 octobre 2019, pourvoi n° 18-21.871, publié ; 1re Civ., 11 mars 2020, pourvoi n° 19-13.716, publié). Mais la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales est, en cette matière, particulièrement étroite, la Cour européenne des droits de l'homme se reconnaissant la faculté de substituer, pour « *des raisons sérieuses* », son avis à celui des juridictions internes, même en présence d'une motivation « suffisante et respectueuse des critères établis par la jurisprudence de la Cour » (CEDH, 12 septembre 2011, Palomo Sanchez et autres c. Espagne [GC], n° 28955/06, § 57).

Dans l'arrêt Couderc c. France du 10 novembre 2015, précité, relatif à la publication d'un article révélant que le prince régnant de Monaco était le père d'un enfant né hors mariage, la CEDH a apporté des précisions sur l'un et l'autre de ces critères :

- S'agissant de la contribution à un débat d'intérêt général, elle a donné une définition large de ce qui relevait du débat d'intérêt général, tout en soulignant que cette notion ne saurait être réduite « *aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui* » :

100. ***La Cour a également souligné maintes fois que, s'il existe un droit du public à être informé, droit qui est essentiel dans une société démocratique et peut même, dans des circonstances particulières, porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, des publications ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain lectorat sur les détails de la vie privée d'une personne ne sauraient, quelle que soit la notoriété de cette personne, passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société*** *(Von Hannover, précité, § 65, MGN Limited c. Royaume-Uni, n° 39401/04, § 143, 18 janvier 2011, et Alkaya c. Turquie, n° 42811/06, § 35, 9 octobre 2012).*

101. Ainsi, un article portant sur les liaisons extraconjugales qu'auraient entretenues des personnalités publiques de premier plan, hauts fonctionnaires de l'État, ne fait que colporter des ragots servant uniquement à satisfaire la curiosité d'un certain lectorat (Standard Verlags GmbH c. Autriche (n 2), n° 21277/05 § 52, 4 juin 2009). De même, la publication de photographies représentant dans des scènes de la vie quotidienne une princesse qui n'exerce aucune fonction officielle ne vise qu'à satisfaire la curiosité d'un certain public (Von Hannover, précité, § 65, avec les références citées). La Cour réaffirme à cet égard que l'intérêt général ne saurait être réduit aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, ni au goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le voyeurisme.

102. ***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*** *(Tønsbergs Blad A.S. et Haukom c. Norvège, n° 510/04, § 87, 1er mars 2007, Björk Eiðsdóttir c. Islande, n° 46443/09, § 67, 10 juillet 2012, et Erla Hlynsd?ttir c. Islande, n° 43380/10, § 64, 10 juillet 2012), se rapporte à une question d'intérêt général.*

103. À cet égard, la Cour précise qu'ont trait à un 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 *(Sunday Times, précité, § 66),* ***notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité*** *(Barthold c. Allemagne, 25 mars 1985, § 58, série*

A n° 90). ***Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important*** *(voir par exemple Erla Hlynsdottir, précité, § 64),* ***ou encore qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé*** *(Tønsbergs Blad A.S. et Haukom, précité, § 87).*

La CEDH s'est, en outre, prononcée sur la méthode à suivre pour faire le départ entre les publications destinées uniquement à satisfaire la curiosité du lectorat et celles contribuant à un débat d'intérêt général : en énonçant, au paragraphe 102, 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* », elle impose aux juridictions nationales de prendre en considération la publication incriminée dans son ensemble, quand bien même elle ne serait que partiellement consacrée à un tel débat et contiendrait, par ailleurs, des éléments ressortissant à la vie privée dépourvu de rapport avec celui-ci.

Notre chambre a repris à son compte les critères de la contribution à un débat d'intérêt général et de notoriété de la personne visée et s'est expressément référée à l'arrêt Couderc c/ France pour en déterminer le contenu et la portée (Voir les arrêts : 1re Civ., 1 mars 2017, pourvoi n° 15-22.946, Bull. 2017, I, n° 49 ; 1re Civ., 11 juillet 2018, pourvoi n° 17-22.381, publié ; 1re Civ., 10 octobre 2019, pourvoi n° 18-21.871, publié ; 1re Civ., 11 mars 2020, pourvoi n° 19-13.716, publié).

Il doit néanmoins être observé que, saisie d'une affaire dans laquelle était en cause la publication, par un journaliste, d'informations couvertes par le secret de l'instruction et relatives à la vie privée d'un prévenu, la Cour européenne des droits de l'homme, statuant en Grande chambre, a, dans un arrêt Bédat c. Suisse du 29 mars 2016 n° 56925/08, affirmé que, pour déterminer si un article contribuait ou non à un débat d'intérêt général, le juge ne devait pas raisonner seulement à partir du sujet à l'origine de cet article, mais aussi en fonction du contenu des informations qui y sont données :

63. La Cour rappelle avoir déjà jugé que le public a un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur les procédures en matière pénale et que les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire concernent un sujet d'intérêt général (Morice, précité, § 152).

64. Dans la présente affaire, ***la Cour admet que le sujet à l'origine de l'article, à savoir l'enquête pénale ouverte sur le drame du Grand-Pont de Lausanne, relevait de l'intérêt général. Cet incident, tout à fait exceptionnel, avait suscité une très grande émotion au sein de la population et les autorités judiciaires elles-mêmes avaient jugé opportun de tenir la presse et le public informés de certains aspects de l'enquête en cours*** *(paragraphe 11 ci-dessus).*

Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si le contenu de l'article et, en particulier, les informations qui étaient couvertes par le secret de l'instruction étaient de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question *(Stoll, précité, § 121 ; voir également Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue, précité, § 72)* ***ou simplement à satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée du prévenu*** *(mutatis mutandis, Von Hannover c. Allemagne, n° 59320/00, § 65, CEDH 2004-VI, Société Prisma Presse c. France (déc.), nos 66910/01 et 71612/01, 1er juillet 2003, Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS), précité, § 40, Mosley, précité, § 114).*

65. À cet égard, ***la Cour note qu'après un examen approfondi du contenu de l'article, de la nature des informations qui y étaient contenues et des circonstances entourant l'affaire du Grand-Pont de Lausanne, le Tribunal fédéral, dans un arrêt longuement motivé et qui ne révèle aucune trace d'arbitraire, a considéré que ni la divulgation des procès-verbaux d'audition ni celle des lettres adressées par le prévenu au juge d'instruction n'avaient apporté un éclairage pertinent pour le***

débat public et que l'intérêt du public relevait en l'espèce « tout au plus de la satisfaction d'une curiosité malsaine *» (paragraphe 16 ci-dessus).*

66. ***De son côté, le requérant n'a pas démontré en quoi la publication des procès-verbaux d'audition, des déclarations de la femme et du médecin du prévenu, ainsi que des lettres que le prévenu avait adressées au juge d'instruction et qui portaient sur des questions anodines concernant le quotidien de sa vie en détention, était de nature à nourrir un éventuel débat public sur l'enquête en cours****.*

67. Dès lors, la Cour n'aperçoit aucune raison sérieuse de substituer son propre avis à celui du Tribunal fédéral (voir, mutatis mutandis, MGN Limited, précité, §§ 150 et 155, Palomo Sánchez et autres, précité, § 57, et Haldimann et autres, précité, §§ 54 et 55), juridiction qui bénéficiait en la matière d'une certaine marge d'appréciation.

Ainsi, pour qu'une publication puisse être regardée comme contribuant à un débat d'intérêt général, il faut non seulement que le sujet à l'origine de l'article litigieux relève de l'intérêt général, mais aussi que le contenu de cet article soit de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question ; ce contenu doit, cependant, être apprécié dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel il s'inscrit, peu important que l'article comporte également des éléments qui ne se rattachent pas directement à la question d'intérêt général.

* Les condamnations pénales

Le droit à la protection de la réputation est un droit qui relève, en tant qu'élément de la vie privée, de l'article 8 de la Convention (CEDH, 7 février 2012, Axel Springer AG c. Allemagne [GC], n° 39954/08, § 83). Pour que l'article 8 de la Convention entre en ligne de compte, l'atteinte à la réputation personnelle doit présenter un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée (CEDH, 7 février 2012, Axel Springer AG c. Allemagne [GC], n° 39954/08, § 83, et CEDH, 25 septembre 2018, Denisov c. Ukraine [GC], n° 76639/11, § 112). Par ailleurs, l'article 8 de la Convention ne saurait être invoqué pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale (CEDH, 7 février 2012, Axel Springer AG c. Allemagne [GC], n° 39954/08, § 83).

Toutefois, s'agissant des condamnations pénales, dans l'affaire CEDH, 28 juin 2018, M.L. et W.W. c. Allemagne, n° 60798/10 et 65599/10, la CEDH a abordé pour la première fois la question des archives de presse constituées sur Internet à partir d'informations déjà publiées (§ 90 et § 102) et le rejet d'une demande visant à obliger des organes de presse à rendre anonymes des archives en ligne portant sur le procès pénal qui avait été dirigé contre les requérants et avait abouti à leur condamnation (§ 116). La Cour a estimé qu'il convenait de distinguer cette situation des affaires dans lesquelles des personnes exercent leur droit à la protection des données sur des informations personnelles publiées sur Internet qui peuvent être consultées et récupérées par des tiers, au moyen de moteurs de recherche (§ 91), et utilisées aux fins de l'établissement d'un profil (§ 97) :

86. ***La Cour rappelle que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels l'identification et l'orientation sexuelle, le nom, ou des éléments se rapportant au droit à l'image. Cette notion comprend les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement*** *(Flinkkilä et autres c. Finlande, n° 25576/04, § 75, 6 avril 2010, et Saaristo et autres c. Finlande, n° 184/06, § 61, 12 octobre 2010).*

87. ***La Cour rappelle aussi que les considérations liées à la vie privée entrent en jeu dans les situations où des informations ont été recueillies sur une personne bien précise, où des données à***

caractère personnel ont été traitées ou utilisées et où les éléments en question avaient été rendus publics d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre. Elle a reconnu que la protection des données a` caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention *(Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande [GC], n° 931/13, § 136, CEDH 2017 (extraits))**.** Dans cet arrêt la Cour a en outre conclu que **l'article 8 de la Convention consacre le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu** (ibid., § 137).*

88. ***Cependant, pour que l'article 8 entre en ligne de compte, l'attaque à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée. De même, on ne saurait invoquer cette disposition pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale*** *(Axel Springer AG c. Allemagne [GC], n° 39954/08, § 83, 7 février 2012).*

89. La Cour relève que les requêtes comme celles de l'espèce appellent un examen du juste équilibre à ménager entre le droit au respect de la vie privée des requérants, garanti par l'article 8 de la Convention, et la liberté d'expression de la station de radio et des maisons d'édition ainsi que la liberté d'information du public, garanties par l'article 10 de la Convention. Lors de cet examen, la Cour doit notamment avoir égard aux obligations positives qui incombent à l'État au regard de l'article 8 de la Convention (X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91, et Von Hannover (n° 2) [GC], précité, § 98) et aux principes qu'elle a dégagés dans sa jurisprudence constante quant au rôle essentiel que la presse joue dans une société démocratique et qui inclut la rédaction de comptes rendus et de commentaires sur les procédures judiciaires. ***On ne saurait en effet penser que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, dans la grande presse ou au sein du public en général. À la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir.*** *S'il en allait autrement, la presse ne pourrait pas jouer son rôle indispensable de « chien de garde » (Axel Springer AG, précité, §§ 79-81). Par ailleurs, il n'appartient pas à la Cour, ni d'ailleurs aux juridictions internes, de se substituer à la presse dans le choix du mode de compte rendu à adopter dans un cas donné (Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, § 31, série A n° 298, et Mosley c. Royaume-Uni, n° 48009/08, § 113, 10 mai 2011).*

90. À ce rôle premier de la presse s'ajoute une fonction accessoire mais néanmoins d'une importance certaine, qui consiste à constituer des archives à partir d'informations déjà publiées et à les mettre à la disposition du public. À cet égard, la Cour rappelle que la mise à disposition d'archives sur Internet contribue grandement à la préservation et à l'accessibilité de l'actualité et des informations. Les archives numériques constituent en effet une source précieuse pour l'enseignement et les recherches historiques, notamment en ce qu'elles sont immédiatement accessibles au public et généralement gratuites (Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n^{os} 1 et 2), n^{os} 3002/03 et 23676/03, §§ 27 et 45, CEDH 2009, et Wegrzynowski et Smolczewski c. Pologne, n° 33846/07, § 59, 16 juillet 2013 ; voir aussi la Recommandation n° R(2000)13 du Comité des Ministres – paragraphe 54 ci-dessus).

91. La Cour estime également utile de rappeler dans ce contexte que les sites Internet sont des outils d'information et de communication qui se distinguent particulièrement de la presse écrite, notamment quant à leur capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, et que les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à

l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée (Delfi AS c. Estonie [GC], n° 64569/09, § 133, CEDH 2015, Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine, n° 33014/05, § 63, CEDH 2011 (extraits), et Cicad c. Suisse, n° 17676/09, § 59, 7 juin 2016), et ce notamment en raison du rôle important que jouent les moteurs de recherche.

[...]

97. La Cour note d'abord que c'est avant tout en raison des moteurs de recherche que les informations sur les requérants tenues à disposition par les médias concernés peuvent facilement être repérées par les internautes. Il n'en demeure pas moins que l'ingérence initiale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de la vie privée résulte de la décision des médias concernés de publier ces informations et, surtout, de les garder disponibles sur leurs sites web, fût-ce sans intention d'attirer l'attention du public, les moteurs de recherche ne faisant qu'amplifier la portée de l'ingérence en question. Cela dit, en raison de cet effet amplificateur concernant le degré de diffusion des informations et de la nature de l'activité dans laquelle s'inscrit la publication de l'information sur la personne concernée, les obligations des moteurs de recherche à l'égard de la personne concernée par l'information peuvent être différentes de celles de l'éditeur à l'origine de l'information. Par conséquent, ***la mise en balance des intérêts en jeu peut aboutir à des résultats différents selon que se trouve en cause une demande d'effacement dirigée contre l'éditeur initial de l'information dont l'activité se trouve en règle générale au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger, ou contre un moteur de recherche dont l'intérêt principal n'est pas de publier l'information initiale sur la personne concernée, mais notamment de permettre, d'une part, de repérer toute information disponible sur cette personne et, d'autre part, d'établir ainsi un profil de celle-ci*** *(à cet égard voir aussi l'arrêt de la CJUE du 13 mai 2014, n° C-131/12,– paragraphes 59 – 62 ci-dessus).*

98. En ce qui concerne la question de l'existence d'un débat d'intérêt général, la Cour observe que la Cour fédérale de justice a relevé l'intérêt considérable que le crime et le procès pénal avaient suscité à l'époque en raison de la gravité des faits et de la notoriété de la victime, et elle a noté que les requérants avaient essayé au-delà de l'année 2000 d'obtenir la réouverture de leur procès. La haute juridiction a souligné en outre le caractère véridique et objectif des reportages. La Cour peut souscrire à cette analyse étant donné que le public a en principe un intérêt à être informé des procédures en matière criminelle et à pouvoir s'informer à cet égard, surtout lorsque celles-ci portent sur un fait judiciaire particulièrement grave et ayant suscité une attention considérable (voir, par exemple, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse, n° 34124/06, § 56, 21 juin 2012, et Egeland et Hanseid c. Norvège, n° 34438/04, § 58, 16 avril 2009). Cela ne concerne pas seulement des reportages parus pendant la tenue du procès pénal en question mais peut inclure également, en fonction des circonstances de l'affaire, des reportages rendant compte d'une demande de réouverture de ce procès quelques années après la condamnation.

99. La Cour relève que les présentes requêtes ont ceci de particulier que ce n'est pas la licéité des reportages lors de leur première parution ou leur mise à disposition sur les portails Internet des médias concernés que les requérants mettent en cause, mais la possibilité d'accès à ces reportages longtemps après et, notamment, à l'approche de la date prévue de leur sortie de prison. Elle doit donc examiner la question de savoir si la mise à disposition des reportages litigieux a continué à contribuer à un débat d'intérêt général.

100. ***La Cour rappelle que, après l'écoulement d'un certain temps et en particulier à l'approche de la sortie de prison d'une personne condamnée, l'intérêt de celle-ci est de ne plus être confrontée à son acte en vue de sa réintégration dans la société*** *(Österreichischer Rundfunk c. Autriche, n° 35841/02, § 68, 7 décembre 2006, et Österreichischer Rundfunk, décision précitée ; voir aussi, mutatis mutandis, Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède, n° 62332/00, §§ 90-91, CEDH 2006-VII).*

Ceci peut être d'autant plus vrai après la libération définitive d'une personne condamnée. De même, l'étendue de l'intérêt du public quant aux procédures pénales est variable, car il peut évoluer au cours de la procédure en fonction, entre autres, des circonstances de l'affaire *(Axel Springer AG, précité, § 96).*

101. Revenant à la présente espèce, ***la Cour observe que la Cour fédérale de justice, tout en reconnaissant aux requérants un intérêt élevé à ne plus être confrontés à leur condamnation, a souligné que le public avait un intérêt non seulement à être informé sur un événement d'actualité, mais aussi à pouvoir faire des recherches sur des événements passés. La haute juridiction a également rappelé que les médias avaient pour mission de participer à la formation de l'opinion démocratique en mettant à la disposition du public des informations anciennes conservées dans leurs archives.***

102. ***La Cour souscrit entièrement à cette conclusion.*** *Elle n'a en effet cessé de souligner le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique (Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1), 26 avril 1979, § 65, série A n° 30), et ce également par le biais de ses sites Internet et par la constitution d'archives numériques qui contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'information et à sa diffusion (Times Newspapers Ltd (n^{os} 1 et 2), précité, § 27, et Wegrzynowski et Smolczewski, précité, § 65).* ***Par ailleurs, d'après la jurisprudence de la Cour, l'intérêt légitime du public à pouvoir accéder aux archives électroniques publiques de la presse est protégé par l'article 10 de la Convention (ibidem), et toute mesure limitant l'accès à des informations que le public a le droit de recevoir doit être justifiée par des raisons particulièrement impérieuses*** *(Timpul Info-Magazin et Anghel c. Moldova, n° 42864/05, § 31, 27 novembre 2007, et Times Newspapers Ltd (n^{os} 1 et 2), précité, § 41).*

[...]

104. La Cour constate que les requérants ne demandent pas que les médias vérifient leurs archives de manière systématique et permanente, mais qu'ils procèdent à une telle vérification uniquement en cas de demande individuelle expresse. Cela étant, elle ne saurait écarter l'existence du risque pour la presse dont a fait état la Cour fédérale de justice. En effet, l'obligation d'examiner à un stade ultérieur la licéité d'un reportage à la suite d'une demande de la personne concernée, qui implique, comme l'a souligné le Gouvernement à juste titre, une mise en balance de tous les intérêts en jeu, comporterait le risque que la presse s'abstienne de conserver des reportages dans ses archives en ligne ou qu'elle omette des éléments individualisés dans des reportages susceptibles de faire l'objet d'une telle demande. ***Tout en reconnaissant l'importance des droits d'une personne ayant fait l'objet d'une publication disponible sur Internet, ces droits doivent aussi être mis en balance avec le droit du public à s'informer sur des événements du passé et de l'histoire contemporaine, notamment à l'aide des archives numériques de la presse. La Cour rappelle à cet égard qu'elle doit faire preuve de la plus grande prudence lorsqu'elle est appelée à examiner, sous l'angle de l'article 10 de la Convention, des mesures ou des sanctions infligées à la presse qui sont de nature à dissuader celle-ci de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime*** *(Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC], n° 21980/93, § 64, CEDH 1999-III, et Times Newspapers Ltd (n^{os} 1 et 2), précité, § 41).*

105. Dans la mesure où les requérants soulignent ne pas demander que les reportages litigieux soient supprimés, mais seulement que leurs noms n'y figurent plus, la Cour note que l'anonymisation d'un reportage constitue certes une mesure moins attentatoire à la liberté d'expression qu'une suppression du reportage tout entier (voir, mutatis mutandis, Times Newspapers Ltd (n^{os} 1 et 2), précité, § 47). Elle rappelle cependant que la manière de traiter un sujet relève de la liberté journalistique et que l'article 10 de la Convention laisse aux journalistes le soin de décider quels détails doivent être publiés pour assurer la crédibilité d'une publication sous réserve que les choix

que ceux-ci opèrent à cet égard soient fondés sur les règles d'éthique et de déontologie de leur profession (Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy, précité, § 186). ***La Cour estime, à l'instar des médias tiers intervenants, que l'inclusion dans un reportage d'éléments individualisés, tel le nom complet de la personne visée, constitue un aspect important du travail de la presse*** *(Fuchsmann c. Allemagne, n° 71233/13, § 37, 19 octobre 2017),* ***et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de reportages sur des procédures pénales ayant suscité un intérêt considérable. Elle conclut que, dans la présente affaire, la disponibilité des reportages litigieux sur les sites web des médias au moment de l'introduction des demandes des requérants contribuait toujours à un débat d'intérêt général que l'écoulement d'un laps de temps de quelques années n'a pas fait disparaître.***

106. En ce qui concerne la notoriété des requérants, la Cour relève que les juridictions allemandes ne se sont pas explicitement prononcées sur ce sujet. Elle observe cependant que la notoriété des intéressés était étroitement liée à la commission par eux de l'assassinat et au procès pénal qui s'en est suivi. Dès lors, si rien ne semble indiquer que les requérants étaient connus du public avant leur crime, ils ont néanmoins acquis une notoriété certaine pendant la tenue du procès, lequel, d'après les constatations des juridictions civiles, a suscité une attention considérable de l'opinion publique en raison de la nature et des circonstances du crime et de la célébrité de la victime. ***Si, par la suite et avec l'écoulement du temps, l'intérêt du public à l'égard de ce crime et, partant, la notoriété des requérants ont décliné, la Cour observe que les requérants ont connu un regain de notoriété après avoir tenté, à plusieurs reprises, d'obtenir la réouverture de leur procès pénal et après s'être adressés à la presse à ce propos. La Cour en conclut que les requérants n'étaient pas de simples personnes privées inconnues du public au moment de l'introduction de leurs demandes d'anonymat.***

107. En ce qui concerne l'objet des reportages, la Cour note que ceux-ci avaient trait soit à la tenue du procès pénal à l'époque, soit à l'une des demandes des requérants tendant à la réouverture du procès, autant d'éléments susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique. Elle renvoie à cet égard à ses conclusions (paragraphe 111 ci-dessous).

108. En ce qui concerne le comportement des requérants depuis leur condamnation, la Cour observe, comme l'a relevé la Cour fédérale de justice, que les intéressés ont introduit tous les recours judiciaires « possibles et imaginables » pour obtenir la réouverture de leur procès pénal. De surcroît, comme le Gouvernement l'a souligné, au cours de leur dernière demande en révision, effectuée en 2004, c'est-à-dire deux ans et demi et trois ans respectivement avant leur libération, les requérants se sont tournés vers la presse, à laquelle ils ont transmis un certain nombre de documents en partie liés à leur demande en révision, tout en l'invitant à en tenir le public informé. Par ailleurs, il n'est pas non plus sans intérêt de noter que, comme l'a indiqué la Cour fédérale de justice dans son arrêt du 22 février 2011 concernant le deuxième requérant (paragraphe 45 ci-dessus), l'on pouvait trouver, jusqu'en 2006, sur le site web de l'avocat pénaliste du deuxième requérant, de nombreux reportages sur son client.

109. Dans ce contexte, si l'on ne peut reprocher à une personne condamnée – qui, de surcroît, proteste de son innocence – de faire usage des recours judiciaires disponibles en droit interne pour contester sa condamnation, la Cour relève que les tentatives des requérants sont allées bien au-delà de la simple utilisation des voies de recours disponibles en droit pénal allemand. En particulier, du fait de leur comportement notamment à l'égard de la presse, l'intérêt des requérants à ne plus être confrontés à leur condamnation par le biais des informations archivées sur les portails Internet d'un certain nombre de médias revêtait une moindre importance en l'espèce. La Cour conclut que les requérants, même à l'approche de leur libération, n'avaient dès lors plus qu'une espérance légitime limitée (voir, mutatis mutandis, Axel Springer AG, précité, § 101) d'escompter l'anonymisation des reportages, voire un droit à l'oubli numérique.

110. La Cour rappelle que la façon dont le reportage ou la photo sont publiés et dont la personne visée y est présentée peut également entrer en ligne de compte. De même, l'ampleur de la diffusion du reportage ou de la photo peut, elle aussi, revêtir une importance, selon qu'il s'agit d'un journal à tirage national ou local, important ou faible (Von Hannover (n° 2), précité, § 112, et les références qui y sont citées).

111. En ce qui concerne l'objet, le contenu et la forme des dossiers litigieux, la Cour estime que la manière dont la Cour fédérale de justice a apprécié des reportages de la Deutschlandradio et du Mannheimer Morgen ne saurait prêter à critique. Il s'agit en effet de textes qui ont été écrits par des médias dans l'exercice de leur liberté d'expression, qui relatent de manière objective une décision de justice et dont la véracité et la licéité d'origine n'ont à aucun moment été mises en cause (voir, a contrario, Wegrzynowski et Smolczewski, précité, § 60). S'agissant du dossier de Spiegel online, la Cour admet que certains articles, en particulier celui paru dans l'édition du 30 novembre 1992 (paragraphe 28 ci-dessus), peuvent donner lieu à des interrogations en raison de la nature des informations données. Cela dit, elle observe que les détails relatifs à la vie des accusés dont l'auteur des articles rendait compte font partie des informations qu'un juge pénal doit régulièrement prendre en considération pour apprécier les circonstances du crime et les éléments de culpabilité individuelle, et qui font de ce fait en règle générale l'objet de débats lors des audiences publiques. Par ailleurs, ces articles ne reflètent pas une intention de présenter les requérants d'une manière dépréciative ou de nuire à leur réputation (Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège, n° 13258/09, § 41, 16 janvier 2014, et Sihler-Jauch et Jauch c. Allemagne (déc.), n^os^ 68273/10 et 34194/11, § 38, 24 mai 2016).

112. En ce qui concerne le degré de diffusion des publications litigieuses, la Cour note que la Cour fédérale de justice a estimé que, à la différence d'un sujet télévisé diffusé à une heure de grande écoute, les informations litigieuses avaient une diffusion limitée en raison de leur accessibilité restreinte et de leur emplacement non pas sur les pages consacrées à l'actualité sur les portails Internet des médias concernés, mais dans des rubriques indiquant clairement qu'il s'agissait de reportages anciens. Les requérants contestent ce raisonnement et reprochent à la Cour fédérale de justice notamment d'avoir méconnu les réalités de l'ère Internet et d'avoir sous-estimé les dangers liés à la pérennité des informations figurant sur ce média, dus notamment à l'existence de moteurs de recherche puissants et efficaces.

113. La Cour observe que, du fait de leur emplacement sur les portails Internet, les reportages litigieux n'étaient pas susceptibles d'attirer l'attention de ceux des internautes qui n'étaient pas à la recherche d'informations sur les requérants (voir, a contrario et mutatis mutandis, Mouvement raëlien c. Suisse [GC], n° 16354/06, § 69, CEDH 2012). De même, la Cour n'aperçoit pas d'indices montrant que le maintien de l'accès à ces reportages aurait eu pour but de propager de nouveau des informations sur les requérants. Dans cette mesure, la Cour peut suivre les conclusions de la Cour fédérale de justice selon lesquelles le degré de diffusion des reportages était limité (Fuchsmann, précité, § 52), d'autant qu'une partie des informations était frappée de restrictions supplémentaires (l'accès payant dans le cas du Spiegel online ou réservé aux abonnés dans le cas du Mannheimer Morgen).

114. Dans la mesure où les requérants soutiennent que cette façon de mesurer le degré de diffusion ne tient pas compte du caractère amplificateur et ubiquitaire d'Internet et, partant, de la possibilité, indépendamment du degré de diffusion initiale, de trouver les informations sur eux de manière permanente, notamment à l'aide de moteurs de recherche, la Cour, tout en étant consciente de l'accessibilité durable de toute information une fois publiée sur Internet, constate que les requérants n'ont pas fait part des tentatives qu'ils auraient faites de s'adresser aux exploitants des moteurs de recherche pour réduire la détectabilité des informations sur leurs personnes (Fuchsmann, précité, § 53, et Phil c. Suède (déc.), n° 74742/14, 7 février 2017). Par ailleurs, la Cour estime qu'elle n'est pas appelée à se prononcer sur la possibilité, pour les juridictions internes, d'ordonner des mesures moins

attentatoires à la liberté d'expression des médias mis en cause qui n'ont pas fait l'objet de débats devant celles-ci au cours de la procédure interne ni, par ailleurs, au cours de la procédure devant la Cour.

115. Enfin, en ce qui concerne les photos mises en cause (voir paragraphes 37-38 ci-dessus), la Cour note que ni les requérants ni les juridictions civiles ne se sont prononcés sur les circonstances de leur prise. Elle n'aperçoit cependant sur ces photos aucun élément compromettant et observe par ailleurs, comme la Cour fédérale de justice l'a relevé à juste titre, que les images montraient les requérants dans l'apparence qui était la leur en 1994, soit près de treize ans avant leur libération, ce qui diminue la probabilité d'être reconnu par des tiers sur la base des photos.

116. Compte tenu de la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière lorsqu'elles mettent en balance des intérêts divergents, de l'importance de garder disponibles des reportages dont la licéité lors de leur parution n'est pas contestée et du comportement des requérants vis-à-vis de la presse, la Cour estime qu'il n'y a pas de raisons sérieuses qui justifieraient qu'elle substitue son avis à celui de la Cour fédérale de justice. On ne saurait dès lors dire que, en refusant de donner suite à la demande des requérants, la Cour fédérale de justice a manqué aux obligations positives de l'État allemand de protéger le droit des requérants au respect de leur vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention. Partant il n'y a pas eu violation de cette disposition.

Cette décision a fait l'objet de critiques de la part du professeur Marguénaud[5] *:*

« À défaut d'articles de la Convention ou de Protocoles additionnels abordant explicitement ce sujet contemporain, le droit de l'Union européenne, qui l'a déjà affronté directement, aurait pu être une source d'inspiration. Rappelons, en effet, d'une part, que le Règlement 2016/10 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 comprend un article 17 intitulé « Droit à l'effacement (droit à l'oubli) » et, d'autre part, que l'arrêt de la CJUE Google Spain et Google du 13 mai 2014 a estimé que l'exploitant d'un moteur de recherche était obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, les liens vers des pages web publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne. Or, la Cour de Strasbourg, qui a seulement retenu de l'arrêt Google Spain et Google la possibilité de traiter différemment les demandes d'effacement dirigées contre l'éditeur initial d'une page web destinée d'abord à l'information du public et celles visant l'exploitant d'un moteur de recherche repérant toutes les informations disponibles contre une personne et tendant à établir son profil, s'est écartée de ces principes faisant prévaloir le droit de la personne dont le passé est réactivé par Internet. Conformément à l'habitude, acquise depuis des décennies, consistant à saisir la plupart des occasions de caresser dans le sens du poil le « chien de garde d'une société démocratique » que constitue la presse, elle a, en effet tranché le conflit entre les droits garantis par l'article 8 et ceux consacrés par l'article 10 dont elle était, en définitive, saisie en faveur de la liberté d'expression. ***Pour mieux pouvoir se poser, à nouveau, en championne du droit à la liberté d'expression comprenant le droit de recevoir et de communiquer des informations, la Cour a commencé par présenter des principes généraux déterminant l'importance des intérêts en présence d'une manière qui est peut-être légèrement faussée.***

Du côté de la vie privée, elle rappelle que, au sens de l'article 8, il s'agit d'une notion large comprenant les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre, notamment depuis les arrêts Flinkkilä et Saaristo rendus contre la Finlande le 6 avril et le 12 octobre 2010, qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement. ***Elle se reporte également à l'importante conclusion suivant laquelle l'article 8 consacre aussi le droit à une forme d'autodétermination informationnelle qu'elle a récemment tirée par son arrêt de Grande Chambre Satakunnan***

[5] JP Marguénaud, De l'extrême relativité du droit du condamné à ne plus être confronté à son crime par des archives numériques, RSC, 2018 p. 735

Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c/ Finlande du 27 juin 2017 *dans une affaire relative à la publication de données fiscales personnelles.* ***Cependant, ces principes généraux sont fortement tempérés au détriment de la vie privée de personnes condamnées. La Cour rappelle en effet vertement aux requérants que l'on ne saurait invoquer l'article 8 « pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale ».*** *Le plus réducteur vient de ce que la Cour ne croit pas devoir dire.* ***Rappelant que l'atteinte à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée pour que l'article 8 entre en ligne de compte, elle ne fait pas la plus petite allusion à l'élément essentiel que les juridictions régionales allemandes avaient placé au cœur de leur raisonnement, à savoir l'obstacle à la réinsertion des condamnés libérés que l'accès aux archives numériques peut impitoyablement dresser. Il s'agit là d'une atteinte grave à la vie privée sociale qui relève de l'article 8 et même de la vie privée professionnelle que la Cour de Strasbourg prend en compte depuis l'arrêt*** ***Sidabras et Dziautas c/ Lituanie du 27 juillet 2004*** ***célèbre pour avoir stigmatisé les conséquences de la lustration par laquelle le passé des collaborateurs trop zélés des régimes communistes leur était opposé pour les empêcher d'accéder à un emploi public.*** *Dans une rubrique consacrée aux principes généraux, cet oubli, si l'on ose dire, est particulièrement troublant et devrait inciter les lecteurs pénétrés des valeurs de la Revue de science criminelle et de droit pénal comparé à classer l'arrêt M. L. et W. W. c/ Allemagne du 28 juin 2018, devenu définitif, parmi les arrêts les plus scélérats jamais rendus par la Cour de Strasbourg. Il fait en tout cas contraste avec la densité des principes généraux convoqués pour relever l'importance des intérêts attachés à l'article 10.*

De ce côté-là, en effet, la Cour ne s'en tient pas à rappeler le rôle essentiel que la presse joue dans une société démocratique et qui inclut la rédaction de comptes rendus et de commentaires sur les affaires judiciaires lesquelles doivent donner lieu en même temps ou auparavant à discussion dans les revues spécialisées, dans la grande presse ou dans le public en général. Elle profite de l'occasion pour mettre ces principes à l'heure et à la page de l'Internet. Ainsi proclame-t-elle qu'au rôle premier de la presse s'ajoute désormais « une fonction accessoire, mais néanmoins d'une importance certaine qui consiste à constituer des archives à partir d'informations déjà publiées et à les mettre à la disposition du public », avant de préciser que les archives numériques constituent une source précieuse pour l'enseignement et les recherches historiques. ***Même si elle concède que les sites Internet risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits fondamentaux et en particulier du droit au respect de la vie privée, en raison de leur capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, la Cour semble donc accorder plus de poids au droit à la liberté d'expression comprenant le droit de recevoir et de communiquer des informations qu'au droit au respect de la vie privée de condamnés en mal de réinsertion.*** *À ce stade, on pourrait déjà deviner la solution vers laquelle va conduire la vérification des critères constituant, depuis les arrêts de grande chambre Axel Springer AG c/ Allemagne et Von Hannover c/ Allemagne n° 2 du 7 février 2012, un « corridor de solutions » entre lesquelles les autorités nationales doivent naviguer pour résoudre les conflits de droits de l'homme qui leurs sont soumis sans s'exposer à une critique par la Cour de Strasbourg de leur appréciation de l'équilibre des intérêts en présence. Toujours est-il que, effectivement, les décisions de la Cour fédérale faisant obstacle aux demandes d'anonymisation des données personnelles des requérants accessibles sur les sites Internet de différents médias ont victorieusement supporté le passage au crible des critères Axel Springer/Von Hannover.*

[...]

En attendant que cette incertitude soit dissipée, ***il faut donc constater que la volonté, d'ailleurs louable, de la Cour de Strasbourg de placer sous la plus haute protection de l'article 10 les archives numériques constituées et conservées par la presse a conduit à réduire outrancièrement le droit des condamnés libérés à ne plus être confrontés à leur crime (qui, en outre, n'est que très***

allusivement dénommé « droit à l'oubli » tout au long de l'arrêt du 28 juin 2018). *Ce choix est très discutable mais il peut se comprendre. On peut, dès lors, se demander pourquoi la Cour, qui a approuvé avec force le refus de la Cour suprême allemande d'admettre l'anonymisation des requérants s'est entêtée à les appeler... M. L. et W. W. »*

On notera que la présente espèce ne concerne pas des journalistes, mais n'appartient-il pas en tout état de cause aux juges du fond de ménager un équilibre entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée des personnes condamnées ? Si une personne condamnée ne saurait invoquer l'article 8 pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale, une personne condamnée ne peut-elle jamais invoquer une forme de droit à l'oubli ?

Bien que concernant une œuvre de fiction, on citera l'arrêt 1re Civ., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.273, Bull. 2015, I, n° 228 rendu dans une affaire où des sociétés avaient coproduit un téléfilm décrivant une enquête de police diligentée à la suite de la mort violente d'une femme et conduisant à l'arrestation de son époux. En parallèle, des vidéos étaient publiées sur un site internet retraçant, jour après jour, le procès du personnage devant une cour d'assises. Les internautes étaient invités, après chaque audience, à donner leur avis sur l'innocence ou la culpabilité du personnage. À terme, était prévue la diffusion du verdict des internautes et celui d'une cour d'assises fictive. Une personne précédemment mise en examen pour des mêmes faits et acquittée moins de six mois auparavant avait souhaité obtenir la cessation de la diffusion, une indemnisation de son préjudice et la publication sur les sites en cause d'un encart reprenant partiellement la décision de justice à intervenir car elle se reconnaissait dans l'exposé de la mise en scène. Dans le cadre d'une procédure de référé fondée sur l'article 809 du code de procédure civile, le demandeur avait invoqué une atteinte à son droit au respect de la vie privée.

La cour d'appel, constatant l'existence d'un trouble manifestement illicite causé aux droits du requérant, avait ordonné la cessation sans délai de la diffusion du programme, sous astreinte.

Notre chambre a approuvé la cour d'appel d'avoir procédé à une mise en balance des intérêts en présence, suivant la méthode de la CEDH, et d'avoir considéré qu'une atteinte au droit au respect de la vie privée était caractérisée à l'égard de l'intéressé.

La cour d'appel avait rappelé la distinction entre l'exploitation d'une information déjà connue du public dans une œuvre de fiction et à l'occasion d'un documentaire ou d'une émission d'information et indiqué que ce n'est que dans ces deux dernières hypothèses, où aucun élément de fiction n'est ajouté, que les informations liées à la vie privée de la personne ayant inspiré l'histoire et déjà connues du public peuvent être à nouveau exploitées sans l'accord de l'intéressé. Ensuite, elle avait observé que l'ajout d'éléments imaginaires ne suffit pas à écarter l'atteinte à la vie privée qui serait constituée à l'occasion d'une œuvre de fiction dès lors qu'un risque de confusion existe, dans l'esprit du public, entre la fiction et la réalité. La cour d'appel avait pris soin de préciser que la personne ayant inspiré l'histoire est vivante.

Commentant et arrêt, A. Lepage[6] indiquait : « *Il y a plus, ce qui traduit alors une véritable rigueur de la jurisprudence à l'égard de ces créations. Le pourvoi faisait valoir que des faits liés à la vie privée du demandeur avaient été auparavant divulgués et qu'ils pouvaient dès lors être licitement repris dans le téléfilm.*

La cour d'appel, dont la motivation a reçu l'approbation de la Cour de cassation, a considéré que tel n'était pas le cas « dès lors que le programme "Intime Conviction" est une œuvre de fiction et non un documentaire ni une émission d'information ». ***Ainsi donc à l'égard des œuvres de***

[6] A. Lepage, in CCE, n° 11 Novembre 2015, com. 92

divertissement, par opposition aux émissions à finalité d'information (la distinction peut, toutefois, être malaisée à apprécier), est assuré – sans délai car l'émission suivait de quelques mois l'acquittement de M. Y. – le « droit à l'oubli » dont l'existence est traditionnellement débattue au regard de l'article 9 du code civil mais plutôt perçue avec défaveur par la jurisprudence *(Cass. 1re civ., 20 nov. 1990, n° 89-12.580 : Juris-Data n° 1990-002991 ; JCP G 1992, II, 21908, J. Ravanas ; Bull. civ.1990, I, n° 256. – Cass. 2e civ., 3 juin 2004, n° 03-11.533 : JurisData n° 2004-023913 ; Bull. civ. 2004, II, n° 272 ; D. 2005, p. 2647, obs. Ch. Bigot). »*

Dans l'arrêt 1re Civ., 20 novembre 1990, pourvoi n° 89-12.580, Bulletin 1990 I N° 256 notre chambre avait en effet affirmé qu' : « *aucun droit à l'oubli ne devant être reconnu, sont licitement révélés et partant, échappent à la vie privée, des faits livrés, en leur temps, à la connaissance du public, par des comptes rendus de débats judiciaires.* » et que « *ne tire pas les conséquences légales de ses constatations la cour d'appel qui retient qu'une personne a bénéficié d'une mesure de grâce et que sa condamnation a été effacée par la réhabilitation, et estime néanmoins que l'auteur, qui fait état de cette condamnation, n'a pas manqué au devoir de prudence et d'objectivité qu'il lui incombait de respecter.* »

La deuxième chambre civile avait de même affirmé dans l'arrêt 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-11.533, Bull., 2004, II, n° 272, à propos d'un fait divers que : « *la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée.* »

A. Lepage poursuit : « ***Il serait plus pertinent d'envisager cette question non pas sous l'angle d'un prétendu droit à l'oubli, que ne consacre pas en tant que tel l'article 9 du Code civil, mais en faisant de la dissipation du temps un des éléments à prendre en compte dans l'arbitrage entre droit au respect de la vie privée et liberté d'expression.***

Mais avec le présent arrêt cet arbitrage paraît réalisé une bonne fois pour toutes, en considération de la nature du programme télévisuel. La prise en compte de ce critère permet d'écarter implicitement et a priori toute tentative de justification tirée du droit à l'information du public. Le conflit entre droit au respect de la vie privée et liberté d'expression est résorbé d'emblée en tout cas devant le juge des référés. »

Toujours s'agissant d'une œuvre de fiction on peut citer l'arrêt 1re Civ., 3 décembre 1980, pourvoi n° 79-16.454, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 N 315 dans lequel notre chambre a censuré pour défaut de base légale l'arrêt d'une cour d'appel, qui, pour décider sur le fondement de l'article 9 alinéa 2 du Code civil, à la demande des parents de la victime, la suppression de certaines scènes dans un film retraçant une affaire criminelle, s'était bornée à retenir qu'il s'agissait d'événements trop récents, qu'il n'y avait pas lieu de raviver la douleur des parents de la victime, que le film présentait avec la puissance évocatrice de l'image cinématographique le comportement des demandeurs et l'expression de leurs sentiments de profonde douleur, sans préciser en quoi les séquences visées portaient atteinte à la vie privée des parents de la victime en révélant des faits ayant le caractère d'intimité prévu par l'article 9 du Code civil.

Enfin, par arrêt CA Paris, 29 mars 2017, RG 15/16662, la cour d'appel de Paris a rejeté les demandes fondées sur l'article 9 du code civil, invoquant notamment le droit à l'oubli, d'une personne déclarée coupable de complicité d'assassinat par arrêt du 12 février 2009 et incarcérée depuis le 26 février 2005, contre « un docufiction » de l'émission « Enquêtes criminelles » sur W9. La cour d'appel a affirmé que : « *le « droit à l'oubli » est en fait un élément de la vie privée, spécifique des personnes condamnées par les juridictions pénales, qui doit être apprécié au cas par cas. Mais, surtout, les décisions favorables à celles-ci intéressent prioritairement les personnes ayant purgé leur peine, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.* »

Commentant cette décision A. Lepage[7] indiquait : « *S'opposer au rappel de faits de la vie privée exposés au public à l'occasion d'un procès pénal, tel est l'objet du prétendu droit à l'oubli. En réalité, en matière de vie privée, le droit à l'oubli n'existe pas, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un droit distinct du droit au respect de la vie privée. La prérogative qu'il évoque – avoir le droit de s'opposer à l'exhumation de faits de la vie privée révélés licitement et antérieurement, à l'occasion de débats judiciaires – ne consiste qu'en une éventuelle application de l'article 9 du Code civil, lorsque les révélations faites à l'occasion d'un procès ont fini par s'estomper dans les mémoires et que leur rappel viendrait en raviver le souvenir dans l'esprit du public. Tout est donc affaire de circonstances, ce qui exige une appréciation au cas par cas, rappelle la cour d'appel de Paris.* »

* Le déréférencement et les condamnations pénales

Bien que l'affaire en cause ne concerne pas une demande de déréférencement il n'est pas inutile de rappeler que sur le fondement de la directive la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, abrogée depuis par le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, applicable dans les États membres depuis le 25 mai 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a consacré un « *droit à l'oubli numérique* » ou, plus précisément, un droit au déréférencement, que les personnes physiques peuvent invoquer directement auprès des exploitants de moteurs de recherche pour obtenir la suppression des liens permettant d'accéder à un contenu, à la suite d'une recherche effectuée à partir de leur nom.

Dans son arrêt Google Spain SL et Google Inc du 13 mai 2014 (C-131/12), elle a dit pour droit que :

1) L'article 2, sous b) et d), de la directive 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, doit être interprété en ce sens que, d'une part, l'activité d'un moteur de recherche consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de «traitement de données à caractère personnel», au sens de cet article 2, sous b), lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel et, d'autre part, l'exploitant de ce moteur de recherche doit être considéré comme le «responsable» dudit traitement, au sens dudit article 2, sous d).

2) L'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens qu'un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre, au sens de cette disposition, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre.

3) Les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, afin de respecter les droits prévus à ces dispositions et pour autant que les conditions prévues par celles-ci sont effectivement satisfaites, l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer 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 web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite.

[7] A. Lepage, CCE, n° 6, juin 2017 comm. 54

4) Les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre de l'appréciation des conditions d'application de ces dispositions, il convient notamment d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information en question relative à sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, sans pour autant que la constatation d'un tel droit présuppose que l'inclusion de l'information en question dans cette liste cause un préjudice à cette personne. Cette dernière pouvant, eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte, demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public du fait de son inclusion dans une telle liste de résultats, ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question.

Ainsi, la CJUE a mis à la charge de l'exploitant d'un moteur de recherche l'obligation de supprimer de la liste des résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, les liens vers des pages publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, quand bien même la publication de ces informations serait licite.

La Cour de justice a, toutefois précisé que : « *les demandes au titre des articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 peuvent être directement adressées par la personne concernée au responsable du traitement qui doit alors dûment examiner le bien-fondé de celles-ci et, le cas échéant, mettre fin au traitement des données en cause* ». De même, « *lorsque le responsable du traitement ne donne pas suite à ces demandes, la personne concernée peut saisir l'autorité de contrôle ou l'autorité judiciaire pour que celles-ci effectuent les vérifications nécessaires et ordonnent à ce responsable des mesures précises en conséquence* ».

L'appréciation du bien-fondé de la demande implique une mise en balance des intérêts en présence, les droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles de l'intéressé prévalant, toutefois, en principe, sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche ainsi que sur l'intérêt du public à avoir accès à l'information en cause.

À la suite de cette décision, notre chambre a jugé que « *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* » (1re Civ., 14 février 2018, pourvoi n° 17-10.499, Bull. 2018, I, n° 31).

Le traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales est soumis, au même titre que le traitement des autres données dites sensibles, à un régime spécifique prévu à l'article 8, § 5, de la directive 95/46, précitée :

5. Le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national, sous réserve des dérogations qui peuvent être accordées par l'État membre sur la base de dispositions nationales prévoyant des garanties appropriées et spécifiques. Toutefois, un recueil exhaustif des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique.

Les États membres peuvent prévoir que les données relatives aux sanctions administratives ou aux jugements civils sont également traitées sous le contrôle de l'autorité publique.

Cette disposition a été transposée en droit national par l'article 46 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, texte dont certaines dispositions ont été modifiées par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, qui dispose que :

Les traitements de données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes ne peuvent être effectués que par :

1° Les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales ainsi que les personnes morales de droit privé collaborant au service public de la justice et appartenant à des catégories dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, dans la mesure strictement nécessaire à leur mission ;

2° Les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi ;

3° Les personnes physiques ou morales, aux fins de leur permettre de préparer et, le cas échéant, d'exercer et de suivre une action en justice en tant que victime, mise en cause, ou pour le compte de ceux-ci et de faire exécuter la décision rendue, pour une durée strictement proportionnée à ces finalités. La communication à un tiers n'est alors possible que sous les mêmes conditions et dans la mesure strictement nécessaire à la poursuite de ces mêmes finalités ;

4° Les personnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, agissant au titre des droits dont elles assurent la gestion ou pour le compte des victimes d'atteintes aux droits prévus aux livres Ier, II et III du même code aux fins d'assurer la défense de ces droits ;

5° Les réutilisateurs des informations publiques figurant dans les décisions mentionnées à l'article L. 10 du code de justice administrative et à l'article L. 111-13 du code de l'organisation judiciaire, sous réserve que les traitements mis en œuvre n'aient ni pour objet ni pour effet de permettre la réidentification des personnes concernées.

L'article 80 de la loi du 6 janvier 1978, précise par ailleurs :

À titre dérogatoire, les dispositions du 5° de l'article 4, celles des articles 6,46,48,49,50,53,118,119 et celles du chapitre V du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 ne s'appliquent pas, lorsqu'une telle dérogation est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information, aux traitements mis en œuvre aux fins :

1° D'expression universitaire, artistique ou littéraire ;

2° D'exercice à titre professionnel, de l'activité de journaliste, dans le respect des règles déontologiques de cette profession.

Les dispositions des alinéas précédents ne font pas obstacle à l'application des dispositions du code civil, des lois relatives à la presse écrite ou audiovisuelle et du code pénal, qui prévoient les conditions d'exercice du droit de réponse et qui préviennent, limitent, réparent et, le cas échéant, répriment les atteintes à la vie privée et à la réputation des personnes.

La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a institué en ses articles 20 et 21 la mise à disposition du public à titre gratuit de l'ensemble des décisions de justice en précisant

qu'elle devrait se faire « *dans le respect des personnes concernées* » et « *être précédée d'une analyse du risque de réidentification des personnes.* » La loi n° 2019-2022 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a posé les grands principes de cette mise à disposition dans son article 33 en modifiant l'article L. 111-13 du code de l'organisation judiciaire qui dispose désormais que : « *Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique.* ***Les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public.*** *Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe.* »

Par arrêt du 24 septembre 2019, GC e.a. contre Commission nationale de l'informatique et des libertés, (C-136/17), la CJUE, a dit pour droit que :

1) Les dispositions de l'article 8, paragraphes 1 et 5, de la directive 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, doivent être interprétées en ce sens que l'interdiction ou les restrictions relatives au traitement des catégories particulières de données à caractère personnel, visées par ces dispositions, s'appliquent, sous réserve des exceptions prévues par cette directive, également à l'exploitant d'un moteur de recherche dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités en tant que responsable du traitement effectué lors de l'activité de ce moteur, à l'occasion d'une vérification opérée par cet exploitant, sous le contrôle des autorités nationales compétentes, à la suite d'une demande introduite par la personne concernée.

2) Les dispositions de l'article 8, paragraphes 1 et 5, de la directive 95/46 doivent être interprétées en ce sens que, en vertu de celles-ci, l'exploitant d'un moteur de recherche est en principe obligé, sous réserve des exceptions prévues par cette directive, de faire droit aux demandes de déréférencement portant sur des liens menant vers des pages web sur lesquelles figurent des données à caractère personnel qui relèvent des catégories particulières visées par ces dispositions.

L'article 8, paragraphe 2, sous e), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens que, en application de celui-ci, un tel exploitant peut refuser de faire droit à une demande de déréférencement lorsqu'il constate que les liens en cause mènent vers des contenus comportant des données à caractère personnel qui relèvent des catégories particulières visées à cet article 8, paragraphe 1, mais dont le traitement est couvert par l'exception prévue audit article 8, paragraphe 2, sous e), à condition que ce traitement réponde à l'ensemble des autres conditions de licéité posées par cette directive et à moins que la personne concernée n'ait, en vertu de l'article 14, premier alinéa, sous a), de ladite directive, le droit de s'opposer audit traitement pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière.

Les dispositions de la directive 95/46 doivent être interprétées en ce sens que, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche est saisi d'une demande de déréférencement portant sur un lien vers une page web sur laquelle des données à caractère personnel relevant des catégories particulières visées à l'article 8, paragraphe 1 ou 5, de cette directive sont publiées, cet exploitant doit, sur la base de tous les éléments pertinents du cas d'espèce et compte tenu de la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux de la personne concernée au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, consacrés aux articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, vérifier, au titre des motifs d'intérêt public important visés à l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive et dans le respect des conditions prévues à cette dernière

disposition, si l'inclusion de ce lien dans la liste de résultats, qui est affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de cette personne, s'avère strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche, consacrée à l'article 11 de cette charte.

3) Les dispositions de la directive 95/46 doivent être interprétées en ce sens que, - d'une part, les informations relatives à une procédure judiciaire dont une personne physique a été l'objet ainsi que, le cas échéant, celles relatives à la condamnation qui en a découlé constituent des données relatives aux « infractions » et aux « condamnations pénales », au sens de l'article 8, paragraphe 5, de cette directive, et - d'autre part, l'exploitant d'un moteur de recherche est tenu de faire droit à une demande de déréférencement portant sur des liens vers des pages web, sur lesquelles figurent de telles informations, lorsque ces informations se rapportent à une étape antérieure de la procédure judiciaire en cause et ne correspondent plus, compte tenu du déroulement de celle-ci, à la situation actuelle, dans la mesure où il est constaté, dans le cadre de la vérification des motifs d'intérêt public important visés à l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive, que, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, les droits fondamentaux de la personne concernée, garantis par les articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, prévalent sur ceux des internautes potentiellement intéressés, protégés par l'article 11 de cette charte.

Sur la question de l'applicabilité aux exploitants de moteurs de recherche de l'interdiction de traitement édictée par l'article 8, § 5, de la directive 95/46, la CJUE a, d'abord, rappelé qu'il convenait d'opérer une distinction entre le traitement de données à caractère personnel effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche et celui réalisé par les éditeurs de sites internet, qui ne répondent pas aux mêmes finalités et ne présentent pas les mêmes risques. Elle a souligné la nécessité d'assurer une protection accrue des données dites sensibles et relevé que la responsabilité de l'exploitant d'un moteur de recherche ne pouvait être recherchée qu'en raison du référencement d'une page internet publiée par un tiers. Elle en a déduit que l'interdiction de traiter les données sensibles visées à l'article 8, § 5, de la directive 95/46 s'appliquait, sous réserve des exceptions prévues par cette directive, à l'exploitant d'un moteur de recherche « *dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités en tant que responsable du traitement effectué lors de l'activité de ce moteur, à l'occasion d'une vérification opérée par cet exploitant, sous le contrôle des autorités nationales compétentes, à la suite d'une demande introduite par la personne concernée* ».

Sur la question de la mise en œuvre, s'agissant de telles données, de l'obligation de déréférencement pesant sur l'exploitant d'un moteur de recherche, la CJUE a affirmé que « *la circonstance que l'article 17, paragraphe 3, sous a), du règlement 2016/679 prévoit désormais expressément que le droit à l'effacement de la personne concernée est exclu lorsque le traitement est nécessaire à l'exercice du droit relatif, notamment, à la liberté d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, constitue une expression du fait que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu, mais doit [...] être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité* ».

Elle a précisé les vérifications auxquelles doit procéder l'exploitant d'un moteur de recherche lorsqu'il est saisi d'une demande de déréférencement de données sensibles et, notamment, de données relatives aux condamnations pénales, tout en soulignant la particulière gravité de l'ingérence dans le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles que le référencement de telles données est susceptible de générer :

66 ***En tout état de cause, l'exploitant d'un moteur de recherche, lorsqu'il est saisi d'une demande de déréférencement, doit vérifier, au titre des motifs d'intérêt public important visés à l'article 8,***

paragraphe 4, de la directive 95/46 ou à l'article 9, paragraphe 2, sous g), du règlement 2016/679 et dans le respect des conditions prévues à ces dispositions, si l'inclusion du lien vers la page web en question dans la liste affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de la personne concernée est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche, protégée par l'article 11 de la Charte. *Si les droits de la personne concernée protégés par les articles 7 et 8 de la Charte prévalent, en règle générale, sur la liberté d'information des internautes, cet équilibre peut toutefois dépendre, dans des cas particuliers, de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier, notamment, en fonction du rôle joué par cette personne dans la vie publique (voir, en ce sens, arrêt du 13 mai 2014, Google Spain et Google, C-131/12, EU:C:2014:317, point 81).*

67 ***S'ajoute le fait que, dans l'hypothèse où le traitement porte sur les catégories particulières de données visées à l'article 8, paragraphes 1 et 5, de la directive 95/46 ou à l'article 9, paragraphe 1, et à l'article 10 du règlement 2016/679, l'ingérence dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel de la personne concernée est, ainsi qu'il a été relevé au point 44 du présent arrêt, susceptible d'être particulièrement grave en raison de la sensibilité de ces données.***

68 Partant, ***lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche est saisi d'une demande de déréférencement portant sur un lien vers une page web sur laquelle de telles données sensibles sont publiées, cet exploitant doit, sur la base de tous les éléments pertinents du cas d'espèce et compte tenu de la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux de la personne concernée au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte, vérifier, au titre des motifs d'intérêt public important visés à l'article 8, paragraphe 4, de la directive 95/46 ou à l'article 9, paragraphe 2, sous g), du règlement 2016/679 et dans le respect des conditions prévues à ces dispositions, si l'inclusion de ce lien dans la liste de résultats, qui est affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de cette personne, s'avère strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche, consacrée à l'article 11 de la Charte***.

Enfin, sur la question de l'incidence de la licéité du traitement sur la mise en œuvre de cette obligation de déréférencement, la Cour de justice a précisé que :

73 Partant, en incluant dans la liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de la personne concernée des liens vers des pages web sur lesquelles sont publiées de telles données [relatives aux infractions et aux condamnations pénales], l'exploitant d'un moteur de recherche effectue un traitement de celles-ci qui, en application de l'article 8, paragraphe 5, premier alinéa, de la directive 95/46 et de l'article 10 du règlement 2016/679, est soumis à des restrictions particulières. Ainsi que l'a observé la Commission, un tel traitement peut, en vertu de ces dispositions et sous réserve du respect des autres conditions de licéité posées par cette directive et ce règlement, être licite notamment si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national, ce qui peut être le cas lorsque les informations en question ont été divulguées au public par les autorités publiques dans le respect du droit national applicable.

74 S'agissant de ces autres conditions de licéité, il importe de rappeler qu'il découle des exigences prévues à l'article 6, paragraphe 1, sous c) à e)2, de la directive 95/46, qui sont désormais reprises à l'article 5, paragraphe 1, sous c) à e), du règlement 2016/679, que même un traitement initialement licite de données exactes peut devenir, avec le temps, incompatible avec cette directive ou ce

règlement lorsque ces données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées.

Tel est notamment le cas lorsqu'elles apparaissent inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé (arrêt du 13 mai 2014, Google Spain et Google, C-131/12, EU:C:2014:317, point 93).

75 Cependant, ainsi qu'il a été constaté au point 66 du présent arrêt, même dans l'hypothèse où le traitement de données visées à l'article 8, paragraphe 5, de la directive 95/46 et à l'article 10 du règlement 2016/679 ne répond pas aux restrictions prévues par ces dispositions ou aux autres conditions de licéité, telles que celles posées à l'article 6, paragraphe 1, sous c) à e), de cette directive et à l'article 5, paragraphe 1, sous c) à e), de ce règlement, l'exploitant d'un moteur de recherche doit encore vérifier, au titre des motifs d'intérêt public important visés à l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive ou à l'article 9, paragraphe 2, sous g), dudit règlement et dans le respect des conditions prévues à ces dispositions, si l'inclusion du lien vers la page web en question dans la liste affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de la personne concernée est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche, protégée par l'article 11 de la Charte.

76 ***À cet égard, il convient de relever qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que des demandes adressées par les personnes concernées en vue de l'interdiction, en vertu de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre1950, d'une mise à disposition sur Internet, par les différents médias, d'anciens reportages concernant un procès pénal qui avait été dirigé contre ces personnes, appellent un examen du juste équilibre à ménager entre le droit au respect de la vie privée desdites personnes et, notamment, la liberté d'information du public. Dans la recherche de ce juste équilibre, il doit être tenu compte du rôle essentiel que la presse joue dans une société démocratique et qui inclut la rédaction de comptes rendus et de commentaires sur les procédures judiciaires. En outre, à la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, dans ce contexte, que le public avait un intérêt non seulement à être informé sur un événement d'actualité, mais aussi à pouvoir faire des recherches sur des événements passés, l'étendue de l'intérêt du public quant aux procédures pénales étant toutefois variable et pouvant évoluer au cours du temps en fonction, notamment, des circonstances de l'affaire (Cour EDH, 28 juin 2018, M. L. et W.W. c. Allemagne, CE:ECHR:2018:0628JUD006079810, § 89 et 100 à 102).***

Commentant cet arrêt, L. Paillet note que, s'agissant des demandes portant sur des catégories particulières de données, « *le maintien du référencement est possible si les éléments pertinents au cas d'espèce démontrent qu'il est strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes.*[8] »

Selon G. Desgens-Pasanau[9] : « *On attendait les nouvelles décisions de la CJUE afin de savoir dans quel sens sa jurisprudence allait pencher et si elle allait tendre vers un droit systématique au déréférencement. Sans surprise, la Cour a répondu par la négative et a privilégié le raisonnement qu'elle affectionne particulièrement de la balance des intérêts, rappelant ainsi qu'en contre-point du droit à la protection des données, il appartient à la Haute Juridiction de veiller également au respect d'autres droits fondamentaux, en l'espèce le droit à l'information du public. […] Or, force est de constater que les moteurs de recherche n'ont, sur le plan économique, aucun intérêt à faire droit de*

[8] L. Paillet, Droit au déréférencement, Journal du droit international (Clunet), n° 1, janvier 2020

[9] G. Desgens-Pasanau, Droit au déréférencement : nouvelles décisions de la CJUE, de la Cour de cassation et du Conseil d'État, CCE n° 2, février 2020

manière trop large à ce type de demande. En effet, leur modèle économique qui repose sur l'exploitation des données personnelles des internautes aux fins de publicité ciblée implique de maximiser l'audience d'un site internet. Le déréférencement, qui consiste à limiter l'offre de contenus à disposition des internautes, va ainsi totalement à l'encontre de l'objectif économique poursuivi par les moteurs. » Il s'interroge sur la possibilité « *d'adopter une autre approche sur le plan juridique afin de consacrer un droit systématique et discrétionnaire au déréférencement.* »

À la suite de l'arrêt de la CJUE du 24 septembre 2019, notre chambre a censuré pour défaut de base légale la décision d'une cour d'appel qui avait rejeté une demande de déréférencement portant sur des liens permettant d'accéder à des comptes-rendus d'audience relatant la condamnation pénale d'une personne pour fraude fiscale, publiés sur le site internet d'un journal, sans rechercher, comme il le lui incombait, si, compte tenu de la sensibilité des données en cause et, par suite, de la particulière gravité de l'ingérence dans les droits de l'intéressé au respect de sa vie privée et à la protection de ses données à caractère personnel, l'inclusion des liens litigieux dans la liste des résultats était strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès aux pages internet concernées (1re Civ., 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-14.675, publié).

Commentant cette décision, A. Dubarry souligne que : « *le législateur européen a repris [à l'article 17 du RGPD] la construction prétorienne du « droit à l'oubli » en allant plus loin et en consacrant un droit à l'effacement soumis au respect de certaines conditions.*[10] »

Dans une série de décisions rendues le 6 décembre 2019 (Voir notamment : CE, 6 décembre 2019, n° 429154, aux tables ; CE, 6 décembre 2019, n° 391000, aux tables ; CE, 6 décembre 2019, n° 401258, publié au recueil ; CE, 6 décembre 2019, n° 405464, aux tables), le Conseil d'État qui avait saisi la CJUE des questions préjudicielles ayant donné lieu à l'arrêt du 24 septembre 2019 a élaboré une grille d'analyse à destination de la CNIL, des exploitants de moteur de recherche et des juges du fond afin qu'ils disposent d'un cadre pour traiter toute demande de déréférencement. Cette grille d'analyse fait très largement écho aux jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant des indices à prendre en considération dans la mise en balance entre protection de la vie privée et droit à l'information. Le Conseil retient notamment qu'il convient de privilégier la protection la plus élevée des données sensibles, ce qui suppose de ne rejeter la demande de déréférencement que lorsque la recherche portant sur le nom du demandeur est strictement nécessaire au droit du public à l'information. Pour ce faire, le Conseil reprend les critères dégagés par la CJUE parmi lesquels la notoriété du demandeur, son rôle dans la vie publique et sa fonction sociale, ainsi que les conditions d'accès aux informations (diffusion publique de l'information consentie par l'intéressé, possibilité pour le public d'en prendre connaissance par la consultation d'autres sources).

Commentant ces décisions, M. Cottereau[11] indiquait : « *S'agissant des données dites « sensibles » (données à caractère personnel relevant des catégories particulières visées à l'art. 8, § 1 ou § 5 de la directive 95/46/CE) comme celles permettant notamment d'identifier la religion, la sensibilité politique ou les préférences sexuelles d'un individu, d'une part, et des données de nature pénale, d'autre part, le Conseil d'État s'inscrit dans la lignée de la décision de la CJUE GC c/ CNIL et Google Spain. Il considère en effet que la CNIL doit en principe, là encore, faire droit à toute demande de mise en demeure à l'adresse d'un exploitant de moteur de recherche dès lors que cette demande vise à procéder au déréférencement de liens renvoyant vers des pages web publiées par des tiers et contenant des données personnelles « sensibles » ou de nature pénale de la personne demanderesse*

[10] A. Dubarry, Éclairage sur déréférencement des données relatives aux condamnations pénales, D. Actualité, 19 décembre 2019

[11] M. Cottereau, Le droit au déréférencement, AJDA 2020, p.1115

à moins que l'accès à une telle information à partir d'une recherche portant sur le nom de cette personne soit strictement nécessaire à l'information du public (n° 395335, consid. 15 ; n° 401258, consid. 11 ; n° 405464, consid. 12 ; n° 409212, consid. 14). Pour le dire autrement, alors que dans le cas d'une demande de déréférencement portant sur une donnée personnelle ne relevant pas d'une catégorie particulière, la CNIL devra vérifier s'il n'existe pas un intérêt prépondérant du public à avoir accès à une telle information à partir d'une recherche portant sur le nom de cette personne, elle devra vérifier, dans le cas d'une demande de déréférencement portant sur une donnée personnelle « sensible » ou de nature pénale, s'il n'existe pas un intérêt impérieux du public à avoir accès à une telle information à partir d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Pour identifier l'existence d'un intérêt impérieux, la CNIL devra alors utiliser les mêmes indices que précédemment évoqués, à l'exception de celui relatif au rôle joué par la personne demandant le déréférencement.

Trois points peuvent être relevés à ce stade. Tout d'abord, à chaque demande de déréférencement, la CNIL devra identifier si les données en cause sont des données touchant à la vie privée sans être « sensibles » ou s'il s'agit de données « sensibles » ou de nature pénale car, en fonction de la catégorie juridique à laquelle elles appartiennent, le contrôle opéré par la CNIL devra varier en intensité. Toutes choses égales par ailleurs, lors de la mise en balance de l'intérêt de la personne directement concernée par la diffusion de l'information et l'intérêt du public à obtenir cette information par le biais d'une recherche à l'aide du nom de famille, ce dernier aura plus de chance de l'emporter dès lors que la demande de déréférencement portera sur une donnée touchant à la vie privée sans être pour autant « sensible » ou de nature pénale.

Ensuite, le Conseil d'État impose, dans la droite ligne de la CJUE, une obligation à la charge des exploitants de moteur de recherche. Il souligne, en effet, que si la mise en balance effectuée entre les différentes considérations énoncées aboutit à la conclusion que le maintien de son référencement est strictement nécessaire à l'information du public, l'exploitant sera tout de même tenu de prendre certaines précautions afin de constituer une « image » fidèle de la situation judiciaire actuelle de la personne concernée. Ainsi, il se devra, « au plus tard à l'occasion de la demande de déréférencement, d'aménager la liste de résultats de telle sorte que les liens litigieux soient précédés sur cette liste de résultats d'au moins un lien menant vers une ou des pages web comportant des informations à jour » (n° 401258, consid. 13).

Enfin, il s'avère que la question du rôle joué par la personne demandant le déréférencement d'informations « sensibles » ou de nature pénale n'est pas un indice parmi d'autres permettant d'évaluer s'il existe ou non un intérêt impérieux du public à d'obtenir un tel type d'information. En effet, pour identifier l'existence d'un intérêt impérieux à obtenir une information particulière en tapant le nom d'une personne dans un moteur de recherche, la CNIL sera dans l'obligation d'analyser les facteurs portant sur la qualité des données en cause, le statut de la personne directement concernée, l'accessibilité de ces données, le caractère plus ou moins récent de la publication de l'information et les conséquences que le déréférencement ou son refus est susceptible d'engendrer.

S'agissant des données dites « sensibles », le rôle joué par la personne demandant le déréférencement n'est pas un indice permettant d'évaluer si l'accès à un tel type d'information à partir d'une recherche portant sur le nom de cette personne est strictement nécessaire à l'information du public : il s'agit plutôt d'un marqueur conditionnant l'intensité du contrôle. Comme le note le Conseil d'État, « dans l'hypothèse particulière où les données litigieuses ont manifestement été rendues publiques par la personne qu'elles concernent, il appartient à la CNIL [...] d'apprécier s'il existe ou non un intérêt prépondérant du public de nature à faire obstacle au droit au déréférencement » (n° 395335, consid. 16 ; n° 401258, consid. 12 ; n° 405464, consid. 13 ; n° 409212, consid. 15) et non plus un intérêt impérieux.

Toute la question, à ce stade, réside dans la capacité à circonscrire ce qui relève de données manifestement rendues publiques par le demandeur au sens de l'article 9, § 2 (e), du règlement 2016/679, car ni le Conseil d'État ni la Cour de justice ne s'étendent sur le sujet. Pour Alexandre Lallet, rapporteur public, cette clause modulant l'intensité du contrôle doit être interprétée strictement. Ainsi, premièrement, une donnée manifestement rendue publique par le demandeur peut être une donnée que le demandeur a lui-même mise en ligne délibérément, ce qui « exclut l'inadvertance » (A. Lallet, concl. sur CE 6 déc. 2019, p. 10). Deuxièmement, il peut s'agir d'une donnée confiée à un tiers en vue de sa publication par celui-ci ou « dans des conditions qui ne laissaient planer aucun doute sur le fait qu'elles seraient reprises sur Internet » (une interview accordée à un journaliste en dehors du sceau de l'anonymat, par ex.). Troisièmement, une donnée manifestement rendue publique par le demandeur peut aussi être une donnée inhérente à une fonction ou une activité publique, comme les opinions politiques d'un élu de la République ou d'une personne se présentant à une élection politique ou syndicale.

En principe donc, si une demande de déréférencement concerne une donnée « sensible », la CNIL ne pourra y faire droit qu'à la condition qu'il n'existe pas un intérêt impérieux du public à accéder à cette information à partir d'une recherche portant sur le nom de la personne. Toutefois, s'il s'avère que la personne ayant fait la demande de déréférencement est à l'origine de la publication de l'information, la CNIL devra abaisser l'intensité de son contrôle : elle n'aura plus à vérifier s'il existe un intérêt impérieux du public à avoir accès à l'information en tapant le nom de la personne dans le moteur de recherche, mais devra se limiter à déterminer s'il existe ou non un intérêt prépondérant du public à obtenir l'information par ce même moyen. »

Si la présente espèce ne concerne pas une demande de déréférencement, et si la situation d'un exploitant de moteur de recherche n'est pas comparable à celle d'un particulier, n'y a-t-il pas lieu de s'interroger sur l'existence d'une forme de droit à l'oubli pour les personnes condamnées ? La réglementation prévoit une occultation des noms des personnes physiques mentionnées dans les condamnations pénales. Dès lors un particulier peut-il librement associer des condamnations avec des mentions occultées à l'identité d'une personne sans porter atteinte à sa vie privée ?

* La révision des condamnations pénales

Aux termes de l'article 624-7 du code de procédure pénale : *[...] si la formation de jugement de la cour de révision et de réexamen estime la demande fondée, elle annule la condamnation prononcée, sauf lorsqu'il est fait droit à une demande en réexamen du pourvoi du condamné. [...] L'annulation de la condamnation entraîne la suppression de la fiche du casier judiciaire.*

La révision vise au respect des principes du procès équitable et à la poursuite de l'objectif de bonne administration de la justice par la remise en cause, à certaines conditions, d'une condamnation revêtue de l'autorité de la chose jugée. Lorsque la condamnation a fait l'objet d'une révision, l'individu est dans un cas comparable à celui de l'accusé ayant bénéficié d'un non-lieu ou qui a été finalement relaxé ou acquitté.

L'article 133-11 du code pénal interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque.

L'article 133-16 de ce code a étendu cette interdiction à la réhabilitation.

Il peut également être rappelé qu'en matière de diffamation, l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 définit les cas dans lesquels une personne poursuivie pour diffamation peut s'exonérer de toute responsabilité en établissant la preuve du fait diffamatoire. Le a) de cet article interdit de rapporter la preuve des faits diffamatoires lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne. Le c) du

même article interdisait de rapporter la preuve des faits diffamatoires lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

Dans sa décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, Le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions concernant l'amnistie, la prescription de l'action publique, la réhabilitation et la révision n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire qu'il soit fait référence à des faits qui ont motivé une condamnation amnistiée, prescrite ou qui a été suivie d'une réhabilitation ou d'une révision ou qu'il soit fait référence à des faits constituant une infraction amnistiée ou prescrite.

Dans le commentaire de sa décision le Conseil indique que la restriction à la liberté d'expression qui résultait du c) de l'article 35 visait sans distinction, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général. Dès lors le Conseil constitutionnel a jugé que, par son caractère général et absolu, cette interdiction portait à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi. Elle méconnaissait donc l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La doctrine estime toutefois que cette abrogation est cependant source d'incohérence, s'agissant plus spécialement de l'amnistie[12]. En effet, il est désormais possible de rapporter la preuve de la vérité d'un fait constituant une infraction amnistiée. En revanche, il existe différentes hypothèses dans lesquelles le rappel de la condamnation qui a suivi ces faits demeure, lui, pénalement réprimé (1re Civ., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-19.783, Bull. 2013, I, n° 101 ; 1re Civ., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-19.784 ; 1re Civ., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-19.785 ; Crim., 8 janvier 2019, pourvoi n° 17-84.807, Bull. crim. 2019, n° 1). Même véridique, un tel rappel demeure illicite… En ce sens, la Cour de cassation a explicitement affirmé, au visa des articles 15, alinéa 3, de la loi du 6 août 2002 et 35 de la loi du 29 juillet 1881, que si, « *après abrogation par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, du paragraphe c) de l'article 35 de la loi du 29 juill. 1881, la vérité des faits diffamatoires peut à présent être prouvée lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée, cette preuve ne peut être rapportée lorsque l'imputation consiste dans le rappel de la condamnation amnistiée elle-même* » ; partant « *en admettant, à titre de fait justificatif, la preuve de la vérité de l'imputation d'une condamnation amnistiée, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé* » (Crim., 3 novembre 2015, pourvoi n° 14-83.419, Bull. crim. 2015, n° 238 et Crim., 3 novembre 2015, pourvoi n° 14-83.415 ; Crim., 12 décembre 2017, pourvoi n° 16-86.303 et Crim., 12 décembre 2017, pourvoi n° 16-86.297). Commentant cette décision, le professeur Lepage dénonçait « *une subtilité qui confine à l'artifice.* »[13]

Le a) de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 demeure : la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf « *Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne* ». Grâce à cette interdiction, la victime n'est pas censée craindre un déballage public de sa vie privée à l'occasion du procès ; elle n'est donc pas découragée à porter plainte.

Le professeur Raschel[14] s'est interrogé : le Conseil constitutionnel ayant abrogé les b) et c) de l'article 35, peut-on s'attendre à ce qu'il fasse de même s'agissant du a) ? Ou bien faut-il considérer cette exception comme particulièrement nécessaire ?

« *Avançons d'abord que l'argument mis en avant par le Conseil constitutionnel est celui de la liberté de la recherche historique, qui ne saurait a priori être invoquée s'agissant des faits concernant la vie privée… De surcroît, la vie privée est elle-même protégée par les textes de la plus haute valeur, et*

[12] E. Raschel, Diffamation - justification, JCL communication, n° 57

[13] A. Lepage, Comm. com. électr. 2016, comm. 13

[14] E. Raschel, préc., n° 58 et s.

comme rappelé ci-dessus qu'il est fréquemment rappelé que droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression [ont] la même valeur normative. Or, à l'intérêt des personnes de conserver leur vie privée, la société peut-elle réellement opposer l'intérêt du public à être informé des faits la concernant ? Le mécanisme de justification ne semble pas pouvoir jouer ici. Pourtant, du point de vue de la CEDH, la solution du droit français ne semble pas pleinement compatible (V. C. Bigot, Pratique du droit de la presse : préc., p. 141. – Citant l'arrêt CEDH, 1re sect., 8 oct. 2009, n° 8237/03, Porubova c/ Russie, § 47). À l'intimité de la vie privée s'oppose « l'exigence de transparence » promue par la Cour ces dernières années.

La principale difficulté posée par l'article 35, a) est de cerner avec un minimum de précisions ce qui relève, ou non, de la vie privée, étant précisé que l'ordonnance de 1944 étant largement antérieure à l'inscription de la vie privée dans les codes civil et pénal, la jurisprudence rendue sur leur fondement ne devrait pas pouvoir être invoquée. Les enjeux sont considérables, car en utilisant une vision élargie de la vie privée – ce qui semble être le cas, on limiterait d'autant la portée de l'exceptio veritatis ; de la sorte « le droit de prouver la vérité des imputations diffamatoires, loin d'être le principe, reste l'exception ».

À défaut de pouvoir établir une définition précise de la vie privée, signalons les illustrations suivantes, malheureusement peu voire pas argumentées, certaines étant au demeurant contradictoires…

Relèvent de la vie privée d'un commerçant ses difficultés de trésorerie (Cass. crim., 10 juin 1959 : JCP G 1960, II, 11441, obs. P. Mimin) ; ou l'existence d'infractions anciennes sans lien avec l'activité nouvelle (Cass. crim., 19 mars 1956 : Bull. crim. n° 275). De même, une cour d'appel a pu déduire que l'imputation de se livrer à la prostitution sous couvert d'une activité d'esthéticienne et sous pseudonyme était diffamatoire, sans que le prévenu puisse en prouver la vérité, puisqu'elle concernait sa vie privée (2e Civ., 21 novembre 1990, pourvoi n° 88-16.655, Bulletin 1990 II N° 238).

En revanche, « les imputations articulées à l'égard d'un médecin au sujet des diagnostics posés et des traitements prescrits ne sauraient concerner sa vie privée » (Crim., 18 novembre 1986, pourvoi n° 85-93.308, Bull. crim. 1986 N° 345) ; de même que les faits relatant l'existence d'une plainte pour escroquerie visant un notaire (Crim., 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-91.103, Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle N 250 p662) ; ou encore « des difficultés d'expropriation pour cause d'utilité publique, de nature à retarder l'exploitation complète d'une zone industrielle » (Crim., 2 juin 1980, pourvoi n° 78-93.482, Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle N 168). »

Cette interdiction de rapporter la preuve de faits concernant la vie privée de la personne est d'ordre public (Cass. crim., 11 mai 1960 : Bull. crim. n° 253), ce qui implique : d'abord, que le prévenu ne peut en aucun cas espérer bénéficier d'une exception ; ensuite, que la victime ne peut l'en relever. Il se peut en effet que la victime accepte voire souhaite un débat public sur la vérité de tel ou tel fait, y compris relatif à sa vie privée. Mais la preuve demeurera interdite (Crim., 4 novembre 1972, pourvoi n° 71-91.448, Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle N 325 p0837) ; enfin, la Cour de cassation semble imposer aux juges du fond de vérifier le respect de cette interdiction (Crim., 19 novembre 1985, pourvoi n° 84-95.202, Bull. crim. 1985 n° 363).

- Les atteintes à la vie privée et la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881

En droit interne, les abus de la liberté d'expression sont principalement sanctionnés par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui, notamment, prévoit et réprime la diffamation commise par voie de presse. Celle-ci est définie, en son article 29, comme « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation.* »

Mais d'autres textes spéciaux permettent de caractériser des abus de la liberté d'expression, susceptibles d'être pénalement et/ou civilement sanctionnés. Tel est le cas de l'article 9 du code civil, qui garantit le droit de chacun au respect de sa vie privée.

À ces faits générateurs distincts - atteinte à l'honneur ou à la considération, atteinte à la vie privée - correspondent des régimes juridiques différents :

La loi du 29 juillet 1881 soumet l'action en diffamation à une prescription de trois mois (article 65) et à des règles procédurales strictes, destinées à garantir la liberté de la presse (articles 47 à 60).

Son article 53 dispose, plus particulièrement, que :

« *La citation précisera et qualifiera le fait incriminé, elle indiquera le texte de loi applicable à la poursuite.*

Si la citation est à la requête du plaignant, elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et sera notifiée tant au prévenu qu'au ministère public.

Toutes ces formalités seront observées à peine de nullité de la poursuite. »

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé que cette disposition devait « *recevoir application devant la juridiction civile* » (Ass. plén., 15 février 2013, pourvoi n° 11-14.637, Bull. 2013, Ass. Plén., n° 1).

L'action en réparation d'une atteinte à la vie privée obéit à un régime de droit commun et n'est pas soumise aux dispositions de la loi du 29 juillet 1881 (2e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 00-22.249, Bull. 2003, II, n° 403 ; 1re Civ., 21 février 2006, pourvoi n° 03-19.994, Bull. 2006, I, n° 97 ; 1re Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-15.336).

Ces différentes actions ont, toutefois, un point commun : par deux arrêts du 12 juillet 2000, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil* » (Ass. plén., 12 juillet 2000, pourvoi n° 98-10.160, Bull. 2000, Ass. plén., n° 8, 2 arrêts) et ce principe, réaffirmé à maintes reprises (voir, notamment, en ce sens : 1re Civ., 31 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.643, Bull. 2008, I, n° 33 ; 1re Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-67.624, Bull. 2010, I, n° 103 ; 1re Civ., 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-15.850, Bull. 2014, I, n° 179 ; 1re Civ., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-22.155) a ensuite été étendu aux atteintes à la vie privée (1re Civ., 7 février 2006, pourvoi n° 04-10.941, Bull. 2006, I, n° 59). Dès lors, les victimes de diffamation, tout comme celles d'une atteinte à la vie privée, doivent agir sur le fondement des textes spéciaux précités et ne peuvent obtenir la réparation du préjudice en résultant sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

La détermination du fondement juridique de l'action ne fait généralement pas difficulté. Cependant, dans un certain nombre de cas, un même fait constitue à la fois une atteinte à la vie privée et une atteinte à l'honneur ou à la considération. En pareille hypothèse, il n'est pas possible d'agir cumulativement sur le fondement de l'article 9 du code civil et de la loi du 29 juillet 1881. Ainsi, encourt la nullité une assignation « *qui retient pour les mêmes faits une double qualification fondée sur la loi du 29 juillet 1881 et sur l'article 9 du code civil* » (1re Civ., 4 février 2015, pourvoi n° 13-16.263, Bull. 2015, I, n° 27 ; 1re Civ., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-28.117). Mais la victime peut-elle choisir d'agir soit sur le fondement des articles 9 du code civil, soit sur celui de la loi du 29 juillet 1881 ? Ou bien la loi du 29 juillet 1881 doit-elle, en raison de son particularisme et des intérêts qu'elle protège, toujours l'emporter ?

Il est de principe que l'atteinte à l'honneur ou à la considération peut résulter de l'imputation, non seulement de faits susceptibles de revêtir une qualification pénale, mais également de faits qui constituent des manquements à la loi morale et à la probité et sont de nature à attirer le mépris des

autres sur celui qui s'en est rendu coupable : fraudes et tricheries diverses, actes révélant un vice ou une passion honteuse, manquements aux devoirs envers la patrie, la famille. Il en résulte que, lorsque les allégations ou imputations portent sur des éléments relevant de la vie privée ou familiale, elles peuvent recevoir, concurremment, la qualification de diffamation et celle d'atteinte à la vie privée.

Deux solutions sont alors envisageables :

- Soit on admet que la victime peut choisir le fondement de son action. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris a affirmé, en 2001, que : « *La loi française protège la vie privée, la présomption d'innocence, l'honneur et la considération des personnes contre les abus de la liberté de la presse, par des dispositions de nature civile ou pénale, mais d'égale valeur. Si en l'état actuel du droit positif, le régime procédural correspondant à chacune de ces atteintes est différent, il appartient à celui qui agit de choisir, en fonction de l'espèce, le fondement juridique qu'il estime approprié à sa demande, sans que le juge, usant du pouvoir qu'il tire de l'article 12 du code de procédure civile, impose systématiquement aux faits la qualification la plus protectrice de la liberté de la presse, lorsqu'elle est envisageable* » (TGI Paris, 17ème ch., 1ère sect., 3 décembre 2001, Légipresse 2002, I, p.29).

- Soit, au contraire, on considère que la protection civile de la vie privée ne peut réduire le champ d'application de la loi sur la liberté de la presse, de sorte que le juge, saisi sur le fondement de l'article 9 du code civil, est tenu de requalifier l'action et, par suite, de constater le non-respect des garanties procédurales instituées par la loi du 29 juillet 1881.

La jurisprudence de la Cour de cassation a opté pour la seconde solution (1re Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-10.747, Bull. 2007, I, n° 215 ; 1re Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 07-12.697 ; 1re Civ., 19 juin 2008, pourvoi n° 07-19.169).

Commentant l'arrêt, précité, du 31 mai 2007, la professeure Lepage y voit une illustration des « *poussées conquérantes de la loi du 29 juillet 1881* » et de « *la dynamique d'expansion [...] orchestrée depuis quelques années par la Cour de cassation* »[15]. Elle déplore cette exclusion de l'article 9 du code civil par la loi du 29 juillet 1881, laquelle lui « *semble artificielle, car elle aboutit à mettre à cet égard sur le même plan l'article 1382 et l'article 9 du code civil. Or, si l'on peut éventuellement soutenir que la loi de 1881, texte spécial, écarte l'article 1382, disposition de droit commun, il est plus difficile de transposer cet argument aux relations de la loi de 1881 avec l'article 9 du code civil, puisque ce dernier constitue lui-même un texte spécial.* »[16]

D'autres auteurs, au contraire, approuvent cette solution. Le professeur Auvret estime que « *la Cour de cassation n'affirme pas encore expressément une hiérarchisation des régimes juridiques spéciaux. Celle-ci s'impose cependant d'évidence. Le caractère protecteur de la liberté de la presse résultant de la loi de 1881 place nécessairement le texte de la IIIe République en tête de la liste. Ce n'est que dans le cas où il existerait des faits de vie privée, une atteinte à l'image ou à la présomption d'innocence, nettement différents d'une imputation diffamatoire et totalement autonomes, que l'on peut exclure l'application de la loi de 1881 avec toutes ses particularités.* »[17]

De la même manière, le professeur Saint-Pau expose que, « *lorsque la publication paraît permettre les deux qualifications, il convient de rechercher de manière empirique si l'atteinte à la vie privée et l'atteinte à l'honneur ou à la considération trouvent leur origine dans le même fait, auquel cas la loi*

[15] A. Lepage, La loi du 29 juillet 1881 et les articles 9 et 9-1 du code civil, Communication commerce électronique 2007, n° 11, comm. 138

[16] A. Lepage, Droits de la personnalité, Rép. civ., D., n° 211

[17] P. Auvret, Diffamation, JCL communication, ancien fasc. 3130, n° 434

du 29 juillet 1881 exclut l'application de l'article 9 du code civil, ou dans des faits distincts, auquel cas le cumul d'action est envisageable. »[18]

Le professeur Hauser souligne, quant à lui, que « *les rapports entre l'article 9 et la loi de 1881 [ne sont pas] clairement énoncés par la jurisprudence » et invite le « législateur à prendre ses responsabilités.* »[19].

En l'espèce, l'assignation évoquait les deux condamnations pénales prononcées contre M. K... mentionnées sur le site internet www.psiram.com. Ces allégations pourraient constituer des atteintes à l'honneur (voir 1re Civ., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-19.783, Bull. 2013, I, n° 101) . Il fondait néanmoins ses demandes sur l'article 9 du code civil.

La cour d'appel a rejeté les demandes sur ce fondement.

Elle a énoncé que par principe, les condamnations prononcées par les juridictions pénales, rendues publiquement, échappent à la sphère protégée de la vie privée. Elle a relevé que les décisions pénales concernant M. K..., publiés sur le site www.psiram.com, concernent l'activité professionnelle de M. K... et retenu qu'elles ne sauraient à elles-seules servir de support à une atteinte à la vie privée de ce dernier qui ne peut alléguer de l'ancienneté des faits et d'un droit à l'oubli, alors qu'à la date de leur publication sur le site internet litigieux, les condamnations prononcées par les arrêts n'avaient pas été amnistiées. Elle a ajouté qu'il en est différemment depuis que, par décision du 11 avril 2019, la cour de révision et de réexamen a annulé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 4 mai 2011 mais a constaté que Mme T... avait rajouté un paragraphe à ce sujet sur la page relative à M. K... afin d'informer le public de cette décision d'annulation.

Dans le MA, M. K... soutient dans une **première branche** que la publication d'une condamnation pénale annulée porte atteinte au droit au respect dû à la vie privée et que la publication concomitante de la décision d'annulation n'est pas de nature à faire disparaître l'atteinte. La cour d'appel aurait ainsi écarté l'atteinte à la vie privée de M. K... par un motif inopérant et violé les articles 9 et 1240 du code civil.

Il ajoute dans une **deuxième branche** que la cour d'appel aurait dû rechercher un équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée et privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime en utilisant les critères dégagés par la jurisprudence de la CEDH. Il fait valoir que la cour d'appel a affirmé que la mise en ligne par Mme T... d'informations relatives à la vie privée de M. K... était légitimée par le droit à l'information du public mais n'aurait à aucun moment identifié le sujet d'intérêt général abordé par l'article critiqué justifiant que soient publiées des informations afférentes à la vie privée de M. K.... En se dispensant de l'examen concret des circonstances de l'espèce qui lui aurait permis d'identifier l'intérêt le plus digne de protection, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard des articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code civil.

Dans le MD, Mme T... soutient que la publication d'une condamnation pénale annulée n'est pas nécessairement une atteinte à la privée. Elle fait valoir qu'à la date à laquelle la page internet a paru, la condamnation n'était pas annulée et que la cour d'appel a constaté qu'elle avait pris soin de faire part de la décision d'annulation. Elle ajoute que la page internet avait pour but de dénoncer certaines affirmations apparemment scientifiques et n'étant fondées sur aucun substrat scientifique et des méthodes de soin illusoires et que la cour d'appel aurait repris à son compte l'objet défini par Mme T... de sa publication. Elle soutient qu'avant retenu qu'il n'y avait aucune atteinte à la vie

[18] J.-Ch. Saint-Pau, Droit au respect de la vie privée, JCL communication, fasc. 34, n° 70

[19] J. Hauser, Atteinte à l'intimité de la vie privée, droit civil, droit pénal : prescriptions et preuve, RTD Civ 2012, p. 89)

privée, il n'y avait pas de proportionnalité à respecter entre l'exercice de la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée.

- Les troisième et quatrième branches

* Informations dans le domaine public et respect de la vie privée

On rappellera que la mort fait partie de la vie privée. Ainsi, relèvent bien de la vie privée les sentiments d'affliction en période de deuil (1re Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-13.008) ou le mode ou le lieu de sépulture d'un défunt, dont la révélation non autorisée porte atteinte au droit au respect de la vie privée des proches.

Lorsqu'un comportement porte matériellement atteinte à la vie privée d'autrui parce qu'il vise une personne identifiable, cette dernière ne peut exercer son droit de défense si l'atteinte est légitime, c'est-à-dire justifiée. Cette justification peut d'abord être recherchée dans la volonté de la personne concernée. En acceptant une atteinte matérielle à sa vie privée, le titulaire du droit la justifie : l'atteinte est légitime. Ce phénomène présente alors un double aspect juridique selon l'angle d'analyse adopté. Au regard d'autrui, l'autorisation se présente comme un fait justificatif de l'atteinte à la liberté d'action privée ou au secret d'une information personnelle. Au regard de l'individu, le consentement apparaît comme une condition subjective d'exercice du droit de la personnalité[20].

Lorsque le titulaire du droit au respect de la vie privée accepte une atteinte, c'est-à-dire soit une entrave à sa liberté d'action personnelle, soit une violation du secret de la vie privée par une investigation ou une divulgation d'informations personnelles, il exerce son droit de la personnalité.

De manière constante, la jurisprudence pose pour le droit à l'image que l'autorisation peut être expresse ou tacite (1re Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-20.715, Bull. 2006, I, n° 139), dès lors qu'elle ne présente aucune équivoque et est certaine. Le plus souvent, la certitude d'une autorisation résulte des circonstances appréciées, a posteriori, par le juge judiciaire et qui lui permettent de poser une présomption. L'autorisation peut d'abord être présumée lorsque l'auteur de l'atteinte a agi au vu et au su de la personne concernée, c'est-à-dire sans aucune clandestinité. Toutefois la passivité de la victime permet de présumer une autorisation à une atteinte actuelle, non une autorisation à une atteinte future. Il est en effet constant que « *la tolérance et même la complaisance des intéressées à l'égard d'autres revues et journaux ayant antérieurement publié des informations relatives à leur vie intime ne sauraient faire présumer qu'elles aient permis définitivement et sans restriction à tout périodique de reproduire ces informations qui ne peuvent l'être qu'avec une autorisation claire et précise des intéressés.* » (2e Civ., 14 novembre 1975, pourvoi n° 74-11.278, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 2 N 294 p236).

Ainsi, la personne doit consentir au principe même d'une révélation ou d'une immixtion dans la vie privée, mais également aux modalités de celles-ci. En vertu de l'article 9 du code civil, la personne est la seule à pouvoir décider de livrer ou non au public des informations d'ordre intime la concernant. Il ne lui appartient pas seulement de choisir de rendre public ou non un fait de sa vie privée ; encore est-il reconnu à la personne le droit de révéler l'information quand bon lui semble et selon les modalités qui lui conviennent, sans qu'autrui puisse anticiper sur ce choix.

La jurisprudence précise, de manière constante, que le consentement à une atteinte à la vie privée ou à l'image doit être spécifique ou spécial.

En cas de redivulgation, c'est-à-dire de diffusion d'informations ayant été rendues publiques, sans ajouter aucune révélation nouvelle, la CEDH a jugé que des « *informations, une fois portées à la*

[20] JC Saint-Pau, droit au respect de la vie privée, consentement à une atteinte à la vie privée, JCL communication, fasc. 36, n° 4 et s.

connaissance du public par l'intéressé lui-même, cessent d'être secrètes et deviennent librement disponibles. » (CEDH, 23 juillet 2009, Hachette Filipacchi associés (Ici Paris) c. France, § 52). Les confidences compilées dans une autobiographie, avec l'accord du sujet, deviennent ainsi des faits notoires et d'actualité et sont de libre parcours ; la personne concernée ne conserve plus « *une espérance légitime* » de voir sa vie privée effectivement protégée (CEDH, 23 juillet 2009, Hachette Filipacchi associés (Ici Paris) c. France, § 53).

La Cour de cassation juge quant à elle qu'il n'y a pas atteinte à la vie privée lorsque les prétendues révélations ne sont que la relation de faits publics ou ne présentent qu'un caractère anodin (1re Civ., 3 avril 2002, pourvoi n° 99-19.852, Bulletin civil 2002, I, n° 110 ; 1re Civ., 23 avril 2003, pourvoi n° 00-20.740 ; 2e Civ., 19 février 2004, pourvoi n° 02-11.122, Bulletin civil 2004, II, n° 72 ; 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-11.533, Bull., 2004, II, n° 272 ; 2e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-17.458, Bull., 2004, II, n° 388).

Cette position a été critiquée en doctrine tant au regard de la méthode utilisée que des critères proposés. Pour le professeur Saint-Pau[21] *: « le raisonnement judiciaire confond deux questions : la caractérisation et la justification de l'atteinte à la vie privée. En affirmant qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie privée, la Cour de cassation positionne la question en termes d'éléments constitutifs de l'atteinte alors qu'il s'agit plutôt de déterminer si l'atteinte, réalisée par la liberté d'expression, est légitime. Quoi qu'en dise en effet la Cour de cassation, les différentes révélations dans les affaires en cause visent un objet – un divorce, une naissance, un mariage – qu'il est impossible de ne pas rattacher à la notion de vie privée. [...] Chacun dispose en effet d'un droit de contrôle de toutes les informations personnelles qui ne connaît, dans son principe, aucune limitation ; seul l'exercice de ce droit peut trouver une restriction dans la liberté d'expression dès lors que l'information personnelle est en relation avec un fait d'actualité ou une question d'intérêt général, critères qui justifient l'intérêt du public à l'information. »*

Une redivulgation non autorisée n'est donc pas constitutive d'une atteinte dès lors qu'elle est justifiée par un intérêt légitime, et plus exactement, par la liberté d'expression et de communication, et son corollaire, le droit à l'information du public. La question ne se pose plus sous l'angle du consentement, et de ses caractères, mais dans le cadre d'une balance judiciaire des intérêts prenant en considération les caractères de l'information publiée tels que son actualité, sa notoriété, sa solennité, sa banalité, sa qualité… (1re Civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-20.635, Bulletin 1995 I N° 356).

Mais il faut sans doute observer que la liberté d'expression et de communication ne justifie pas la publication de l'image ou d'informations relatives à la vie privée à des fins purement commerciales, notamment publicitaires. De deux choses l'une alors. Ou bien, la redivulgation non autorisée est réalisée à des fins publicitaires et commerciales et l'atteinte au droit à l'image et à la vie privée est caractérisée parce que la liberté du commerce et de l'industrie ne permet pas d'outrepasser le défaut de consentement de l'intéressé (ainsi, une entreprise ne peut utiliser, sans l'autorisation de la personne concernée, des images publicitaires ayant fait l'objet d'une autorisation expresse et spéciale). Ou bien la redivulgation non autorisée est réalisée à des fins d'information du public, et l'atteinte est légitime dès lors que l'information est utile, actuelle, pertinente.

Ainsi, pour la CEDH, en matière de protection de données personnelles, le fait que les informations en cause sont déjà dans le domaine public ne les soustrait pas nécessairement à la protection de l'article 8 (CEDH, Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande [GC], 27 juin 2017, n° 931/13, § 134). Les considérations liées à la vie privée entrent en jeu dans les situations où des informations ont été recueillies sur une personne bien précise, où des données à caractère

[21] JC Saint-Pau, Jouissance des droits civils, droit au respect de la vie privée - régime, atteintes autorisées par des droits concurrents, JCL Civil, Fasc. 17, n° 42

personnel ont été traitées ou utilisées et où les éléments en question avaient été rendus publics d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre (§ 136). Dans l'affaire citée, la Cour a jugé que les données collectées, traitées et publiées par les journaux, qui donnaient des précisions sur les revenus imposables provenant du travail et d'autres sources, ainsi que du patrimoine net imposable de nombreuses personnes, relevaient clairement de la vie privée de celles-ci, indépendamment du fait que, en vertu du droit Finlandais, le public avait la possibilité d'accéder à ces données suivant certaines règles (§ 138). La législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans l'article 8. Surtout, la Cour a fait observer que l'article 8 consacre le droit à une forme d'autodétermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu (§ 137, voir aussi § 198).

Notre chambre a jugé que la publication d'un ouvrage sur la fausse noblesse faisant état du caractère adoptif de la filiation d'une personne porte atteinte à sa vie privée, quand bien même cette information aurait été contenue dans une archive devenue accessible au public. 1re Civ., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-19.740, Bull. 2017, I, n° 220 , « *s'il résulte de l'article L. 213-2, I, 4°, e), du Code du patrimoine, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, que les registres de naissance de l'État civil constituent, à l'expiration d'un délai de soixante-quinze ans à compter de leur clôture, des archives publiques communicables de plein droit à toute personne qui en fait la demande, certaines des informations qu'ils contiennent et, notamment, celles portant sur les modalités d'établissement de la filiation, relèvent de la sphère de la vie privée et bénéficient, comme telles, de la protection édictée par les articles 9 du Code civil et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.* »

En l'espèce, s'agissant de la publication de l'avis de décès du père de M. K..., la cour d'appel a relevé que ce dernier comportant les noms et prénoms des proches du défunt a été publié par la famille sur le site internet [www.dansnoscoeurs.fr], accessible à tout internaute, y compris plusieurs années après le décès et que la composition de la famille de M. K... n'était évoquée dans la page litigieuse qu'en lien avec les activités professionnelles de ce dernier. Elle a retenu qu'aucune atteinte à la vie privée de M. K... n'est constituée.

Dans le MA, M. K... soutient dans une **troisième branche** que le fait que des informations d'ordre privé soient déjà dans le domaine public ne les soustrait pas à la protection du droit au respect de la vie privée et que ces informations ne peuvent être utilisées d'une manière excédant ce à quoi l'intéressé pouvait raisonnablement s'attendre. En énonçant pour écarter l'atteinte au droit au respect de la vie privée que l'avis de décès du père de M. K... avait été publié par la famille sur un site internet nécrologique accessible à tout internaute, la cour d'appel aurait statué par des motifs impropres à justifier l'atteinte au droit au respect de la vie privée de M. K... et privé sa décision de base légale au regard des articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code civil.

Il fait valoir dans une **quatrième branche** que l'atteinte portée à la vie privée d'une personne ne peut être légitimée par le droit à l'information du public que si les informations contenues dans la publication, appréciée dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, sont de nature à nourrir le débat public sur le sujet d'intérêt général qui est à son origine. En se bornant à énoncer, pour écarter toute atteinte à la vie privée de M. K..., que la composition de sa famille n'était évoquée qu'en lien avec ses activités professionnelles, dans lesquelles il était secondé par son père, son épouse et son fils, sans s'expliquer sur la divulgation par la publication de l'avis de décès, d'informations à caractère privé sans lien avec le sujet abordé, la cour d'appel aurait privé sa

décision de base légale au regard des articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code civil.

Dans le MD, Mme T... soutient que la réitération de l'annonce du décès de l'une des personnes participant à l'activité professionnelle de M. K... ne peut constituer une atteinte à la vie privée. Elle fait valoir enfin, s'agissant de la quatrième branche, qu'aucun autre membre de la famille ne s'est plaint et n'allègue une atteinte à l'intimité de leur propre vie privée.

C'est à l'aune de tout ce qui précède qu'il appartiendra d'apprécier la pertinence du moyen.

5 - Orientation proposée : FS

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2