

Février 2004
LEGAMEDIA

Protection de la vie privée et des données personnelles

Nathalie MALLET-POUJOL

Chargée de Recherche au CNRS

Directrice de l'ERCIM

Pôle Droit de la Communication

Université Montpellier I- UMR 5815

SOMMAIRE

ère

1 partie Protection de la vie privée

I. Le droit à la vie privée

A. La notion de vie privée

1. Absence de définition
2. Contours de la vie privée

B. La diffusion d'informations relatives à la vie privée

1. Portée de l'autorisation
2. Personne mineure ou incapable majeur

C. Les exceptions au droit à la vie privée

1. Vie publique
2. Événement d'actualité
3. Droits de l'histoire

II. Le droit à l'image

A. La notion de droit à l'image

B. La diffusion de l'image d'une personne

1. Portée de l'autorisation
2. Personne mineure ou incapable majeur

C. Les exceptions au droit à l'image

1. Illustration d'un sujet d'actualité
2. Illustration d'un sujet historique
3. Individu accessoire dans l'image
4. Individu non identifiable

ème

2 Partie Protection des données personnelles

I. La notion de données personnelles

A. Les données d'identification directe

1. Données alphanumériques
2. Images

B. Les données d'identification indirecte

1. Numéros d'identification
2. Tests psychotechniques et psychologiques
3. Données statistiques
4. Empreintes digitales
5. Géométrie de la main

C. Les données sensibles

1. Santé
2. Mœurs
3. Nationalité
4. Opinions

D. Les données anonymisées

II. Les formalités préalables à tout traitement

A. La déclaration préalable

B. La demande d'avis

1. Traitements du secteur public
2. Traitements nationaux ou modèles-types

C. La déclaration simplifiée

1. Procédure simplifiée
2. Norme simplifiée

III. Les conditions de collecte des données

A. L'information des personnes concernées

1. Collecte directe
2. Collecte indirecte

B. Le recueil du consentement des personnes concernées

1. Faculté d'opposition
2. Consentement exprès
3. Recueil des données de mineurs

IV. Les conditions de traitement des données

A. Le principe de finalité du traitement

1. Précision de la finalité
2. Principe de proportionnalité
3. Principe de pertinence
4. Principe de séparation fonctionnelle

B. La durée du traitement**C. La sécurité du traitement****V. Le droit d'accès des personnes concernées****VI. La diffusion des données****A. La diffusion inhérente au traitement**

1. Destinataires des données
2. Tiers autorisés
3. Diffusion sur l'internet

B. La cession de données

1. Fichiers d'adresses
2. Fichiers anonymisés

ère

1 partie Protection de la vie privée

1. Les enseignants et les chercheurs peuvent être confrontés, au cours de leurs travaux, à la délicate question de l'exploitation, principalement à travers leurs publications, d'éléments de la vie privée de leurs élèves ou de leurs sujets d'étude. Ils sont aussi, et notamment avec l'outil multimédia et l'usage de l'internet, de plus en plus conduits à diffuser des photographies reproduisant l'image des personnes. Il importe que de telles publications soient faites dans le respect du droit à la vie privée (I) et du droit à l'image (II).

I. Le droit à la vie privée

2. **Code civil.** Le droit au respect de la vie privée a été consacré par l'article 22 de la loi du 17 juillet 1970 « tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens¹ », devenu l'article 9 du Code civil, aux termes duquel « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé² ».

Tout document divulguant un élément de la vie privée d'une personne est donc mis à l'épreuve du droit à la vie privée (A), à respecter scrupuleusement (B), sauf à bénéficier d'une exception à l'emprise de ce droit (C).

A. La notion de vie privée

Le Code civil ne propose pas de définition juridique de la vie privée (1), notion dont les contours sont façonnés par les juges (2).

1. Absence de définition

3. **Construction prétorienne.** Il n'existe pas de définition juridique de la vie privée. Il s'agit d'une construction purement prétorienne, élaborée au gré des affaires soumises à la clairvoyance des magistrats, contentieux dont l'essentiel intéresse la presse « people ». Les contours de la notion de vie privée sont relativement flous. Robert Badinter relevait qu'en « l'absence de toute définition positive de la vie privée », il convenait de la définir par la négative. L'intérêt de cette démarche est, en effet, de « mettre l'accent sur la primauté de la vie privée, celle-ci, interdite à toute intrusion indiscrète, étant pour chacun le sort commun, le reste, c'est-à-dire la vie publique ouverte à la curiosité de tous, étant l'exception³ ».

2. Contours de la vie privée.

4. **Facettes de la vie privée.** L'atteinte à la vie privée peut résulter de la diffusion d'un écrit ou d'une image concernant la personne. De nombreuses classifications autour du concept de vie privée ont été proposées en doctrine, à la lumière des contentieux liés à l'atteinte à la vie privée, contentieux qui se nouent, en grande partie autour de la diffusion d'informations par les grands médias, presse écrite et audiovisuelle. Différentes facettes de la vie privée sont abordées dans les procès, qui correspondent aux aspects principaux de la vie : la vie familiale, la vie sentimentale, les loisirs⁴, la santé, les mœurs, les convictions philosophiques et religieuses⁵, les circonstances de la mort ainsi que le droit à l'image. Tout récemment la Cour de cassation vient d'énoncer que le numéro de sécurité sociale et les références bancaires ressortissent à la vie privée de chacun à l'encontre de toute personne dépourvue de motif légitime à en connaître⁶.

¹ L. n° 70-643, 17 juill. 1970 : JO 19 juill.

² V. aussi les dispositions de droit pénal sanctionnant les atteintes à la vie privée aux articles 226-1 à 226-7 du Code pénal

³ R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée : JCP G 1968, I, 2136, n° 12.

⁴ Cass. 1° civ. 30 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 167

⁵ V. Cass. 1° civ. 6 mars 2001 : Bull. civ. I, n° 60

⁶ Cass. 1° civ. 9 déc. 2003 : JCP 2004. IV. 1264

5. Vie professionnelle. En revanche, par principe, les activités professionnelles échappent à la vie privée⁷, sauf à révéler, à l'occasion d'imputations concernant la vie professionnelle, des éléments de la vie privée de la personne. Il en fut jugé ainsi, à propos de la divulgation d'informations relatives à la location d'un immeuble par un huissier⁸ et à l'achat de son étude⁹, informations dont la Cour de cassation a considéré qu'elles relevaient de la vie privée de ce professionnel du droit.

6. Personnes décédées. Le droit d'agir pour le respect de la vie privée "s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit¹⁰", principe affirmé par la Cour de cassation, à propos de l'ouvrage "Le grand secret" de Monsieur Gubler¹¹.

7. Caractère anodin des informations. Y compris à l'égard des catégories d'informations relevant traditionnellement de la sphère de la vie privée, une évolution jurisprudentielle semble se dessiner qui prend en compte la gravité des informations divulguées. Ainsi, tout récemment, la Cour de cassation a admis, dans une espèce, que le « caractère anodin » de certaines informations était « de nature à exclure¹² » l'atteinte à la vie privée. Etaient en cause des informations relatives au lieu de résidence d'une princesse bien connue et à sa rencontre au restaurant avec son époux!

8. Indifférence du support. Point n'est besoin d'être un organe de presse, *stricto sensu*, pour être assigné pour atteinte à la vie privée. Le support de l'information est indifférent, du moment qu'une atteinte à la vie privée peut être reprochée à l'occasion de la diffusion de l'information litigieuse. En témoigne l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris¹³, statuant en référé et condamnant un fournisseur d'hébergement ayant accueilli de façon anonyme un site diffusant, sans y avoir été autorisé par l'intéressée, des photographies portant atteinte au droit qu'elle détient sur son image et à l'intimité de sa vie privée. À aucun moment, le support électronique et la diffusion numérique de l'information n'ont été opposés pour contester l'invocation de l'article 9 du Code civil.

B. La diffusion d'informations relatives à la vie privée

La diffusion d'informations relatives à la vie privée suppose une autorisation (1). Des règles spécifiques régissent l'autorisation à donner lorsqu'est en cause la vie privée des mineurs ou des incapables majeurs (2).

1. Portée de l'autorisation.

9. Autorisation préalable. Les tribunaux rappellent constamment que toute personne ayant droit au respect de sa vie privée est "fondée à en obtenir la protection en fixant elle-même les limites de ce qui peut en être publié¹⁴". Cela signifie que toute divulgation d'un élément de la vie privée d'une personne suppose une autorisation, sauf hypothèse d'exploitation anonyme. L'autorisation doit viser avec précision la portée de la publication, d'où l'intérêt d'une convention écrite, pour éviter toute contestation ultérieure. La charge de la preuve pèse sur la personne qui se prévaut de l'autorisation¹⁵, c'est-à-dire, le plus souvent, l'auteur de la publication.

⁷ V. P. Auvret, Protection civile des droits de la personnalité, Juris-Classeur Communication, fasc. 3730, n° 71

⁸ V. Cass. 2° civ. 20 oct. 1976: Bull. civ. II, n° 279

⁹ Sur les révélations relatives au patrimoine des personnes, V. D. Amson, Protection civile de la vie privée, Juris-Classeur Communication, fasc. 3720, n° 48 et s.; sur la divulgation de l'image d'une personne par l'effet d'une coïncidence due à des circonstances tenant exclusivement à sa vie professionnelle, V. Cass. 1° civ. 25 janv. 2000 : Bull. civ. I, n° 27; D. 2000. IR. 70; D. 2000, somm. 270, note Caron; JCP 2000. II. 10257, concl. Sainte-Rose; Légipresse 2000, n° 170. III. 46, note Ader.

¹⁰ Cass. 1° civ. 14 déc. 1999 : Bull. civ. I. n° 345 ; D. 2000. IR. 40; JCP 2000. II. 10241, concl. Petit; Légipresse, mars 2000, n° 169. III. 27; Petites Affiches, mai 2000, n° 101, p. 8, note Prieur; V. aussi Cass. 2° civ. 20 nov. 2003 : JCP 2004. IV. 1076

¹¹ Sur l'action des proches du défunt, V. N. Mallet-Poujol, Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire : Légicom, 1999/4, n° 20, p. 51.

¹² Cass. 1° civ., 3 avr. 2002 : CCE, déc. 2002, comm. n° 158, note Lepage ; D. 2002. J. 3164, note Bigot ; JCP 2002. IV. 1871 ; Petites affiches, 6 mai 2002, n° 90, p. 16, note Derieux ; Légipresse, oct. 2002, n° 195. III. 170, note Loiseau.

¹³ CA Paris, 10 févr. 1999 : D. 1999. J. 389, note Mallet-Poujol ; Gaz. Pal. 6 avr. 2000, p. 19, note Caron ; JCP G 1999. II. 10101, note Olivier et Barbry ; Expertises, avr. 1999, p. 105, obs. Heslout ; Légipresse, avr. 1999, n° 160, III, 52.

¹⁴ V. CA Paris, 28 fév. 1989 : JCP 1989. II. 21325, note Agostini

¹⁵ F. Terré, La vie privée, in La protection de la vie privée dans la société de l'information, sous la dir. de P. Tabatoni, PUF, 2002, p. 142

Autorisation spécifique. Il faut bien avoir à l'esprit que toute divulgation d'information relative à la vie privée qui n'est pas expressément prévue n'est pas autorisée. Il conviendra, le cas échéant, de revenir vers la personne pour solliciter une nouvelle autorisation, pour une publication non prévue à l'origine. Ainsi l'autorisation donnée pour la publication de biographies à caractère universitaire, dans une édition papier, ne vaudra pas pour une autre édition ou sur un autre support.

2. Personne mineure ou incapable majeur

10. **Représentant légal.** Toute divulgation d'informations relatives à la vie privée d'un enfant mineur ou d'un incapable majeur suppose une autorisation de son représentant légal. Est considéré comme le représentant légal le (ou les) parent(s) titulaire(s) de l'autorité parentale ou le tuteur. Ainsi, pour la Cour de cassation, en considérant que "la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur était soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui", une Cour d'appel "s'est bornée à appliquer les dispositions légales protectrices de sa personne et de ses biens"¹⁶.

C. Les exceptions au droit à la vie privée

11. **Existence d'un contrat.** Dans une situation idéale, où un contrat fixant les conditions de publication d'une information touchant à la vie privée d'une personne, serait signé, toute difficulté est aplanie. Il n'en est hélas pas toujours ainsi dans la pratique, même en présence d'une convention, en raison de l'ambiguïté ou du caractère incomplet de celle-ci (situation de publication non envisagée) ou du différend pouvant exister sur l'opinion que se font les intéressés du périmètre de la vie privée.

12. **Absence de contrat.** L'absence de contrat n'est pas, non plus, une hypothèse d'école et se rencontre, par exemple, au cours de recherches menées par des historiens, des psychologues ou des sociologues. Elle peut s'expliquer par l'impossibilité psychologique (risque de réticence et de perte de confiance) de faire signer un contrat à la personne qui parle d'elle-même ou par le fait que le "témoin" implique d'autres personnes que lui-même. Elle s'explique, *a fortiori*, par des impossibilités matérielles d'obtention des autorisations (fonds anciens, ayants-droit introuvables).

La situation n'est pas définitivement bloquée, si l'on considère que l'on se trouve hors du champ d'application du droit à la vie privée. A cet égard, trois concepts permettent de pallier l'absence de contrat : la notion de vie publique (1), celle d'événement d'actualité (2) ou encore les droits de l'histoire (3).

1. Vie publique

13. **Biographie.** Parmi les travaux des enseignants ou des chercheurs, il en est un, majeur, qui se prête à des incursions dans la vie privée: l'exercice biographique. La complexité d'un personnage et son destin ne peuvent parfois se comprendre sans un éclairage sur certains éléments de sa vie privée et de celle de ses proches. Mais la marge de manœuvre du biographe reste étroite et peut se résumer de la manière suivante : " Si les souvenirs de la vie privée d'une personne font partie de son patrimoine moral et ne peuvent être publiés qu'avec son autorisation, il n'en est pas de même des faits de la vie publique d'un personnage ayant atteint la notoriété qui appartient à l'histoire et comme tels peuvent être narrés sans autorisation spéciale, par un historien ou par un journaliste, sous réserve du droit de réponse de l'intéressé"¹⁷.

Personnage public. Cette appréciation d'un " domaine public " de la vie d'une personne est nécessairement subjective. Elle est très dépendante de l'individu concerné et des mœurs de la société dans laquelle il vit. Au demeurant, une forme d'autocensure, souvent guidée par l'empathie, est inévitable quand la personne est en vie et qu'aucun accord n'est sollicité sur la publication du texte la concernant. Elle l'est aussi quand les faits relatés concernent ses proches¹⁸, également vivants. En tout état de cause, la notion de vie publique permet de valider certaines divulgations. De nombreuses décisions de juridictions du fond ont rétréci le noyau de la vie privée de certaines personnes en fonction de leur notoriété¹⁹. Ainsi, le concept " d'activité publique " ou de " personnage public " fait que des informations seront, à l'égard de certains individus, exclues du champ de la vie privée, comme celles relatives au patrimoine²⁰.

¹⁶ Cass. 1° civ. 18 mai 1972 : Bull. n° 134; JCP 1972. II. 17209, concl. Lindon; V. aussi, sur l'indication de renseignements sur l'état de santé d'un enfant mineur et sur les soins dont il est l'objet, Cass. 2° civ. 12 juill. 1966 : Bull. n° 778; D. 1967. 181, note Mimin

¹⁷ CA Paris, 30 juin 1961 : D. 1962 . J. 208

¹⁸ CA Paris, 17 mars 1998 : Jurisdata n° 023963

¹⁹ Ch. Bigot, Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, D. 1998. Chron. 235, n° 16 et 17; V. aussi sur la mesure de l'étendue de la vie privée d'un artiste de renommée mondiale, CA Paris, 6 juill. 1965, Picasso c/ Calmann-Lévy : Gaz. Pal. 1966. 1. 39

²⁰ V. par ex. Cass. 1° civ. 20 oct. 1993 : Bull. civ. I, n° 295. - Cass. 1° civ. 28 mai 1991 : Bull. civ. I, n° 173. - Cass. 1° civ. 20 nov. 1990 : Bull. civ. I, n° 257.

14. **Re-divulgateion.** Les juges ont longtemps considéré que l'accord donné par une personne pour la divulgation d'informations relevant de sa vie privée ne signifiait pas renonciation au droit de s'opposer à toute divulgation ultérieure²¹. Plus encore, la complaisance dont faisaient preuve certains personnages publics ne valait pas consentement à la re-divulgateion d'informations relatives à leur vie privée. La Cour de cassation a rappelé ce principe en approuvant un arrêt ayant énoncé, à propos de Gunther Sachs, que " sa tolérance et même sa complaisance passées à l'égard de la presse ne sauraient faire présumer qu'il ait permis définitivement et sans restriction à tout périodique de rassembler et de reproduire des affirmations parues dans d'autres journaux²² ". Un tel comportement peut être, tout au plus, " de nature à diminuer, le cas échéant, l'étendue du préjudice ".

15. **Faits publics.** Cette approche doit désormais être conjugulée avec celle menée à propos de la relation de "faits publics". En effet, les juridictions semblent moins disposées à sanctionner pour atteinte à la vie privée la « re-divulgateion » de faits notoires. La Cour de cassation vient d'approuver un arrêt ayant rejeté une action pour atteinte à la vie privée, en relevant que l'information sur la rupture du couple ne constituait plus une « révélation sur la vie privée » mais la « relation de faits publics²³ ». Toute la difficulté est de savoir si la Cour de cassation entendra distinguer selon que les faits ont été ou non révélés par l'intéressé lui-même²⁴, et, dans la négative selon que l'information avait ou non été dévoilée sous le bénéfice de l'exception de sujet d'actualité. A cet égard, la Cour d'appel de Toulouse a considéré que le rappel par voie de presse de faits ayant déjà été divulgués par la personne protégée ne peut donner lieu à une condamnation, au motif que les informations révélées par les intéressés, dans des interviews, étaient « tombées dans le domaine public » et que « la révélation de l'événement, en le rendant public, épuise la protection à laquelle l'intéressé pouvait prétendre au titre de sa vie privée lorsque (...) l'article litigieux n'ajoute rien aux divulgations initiales²⁵ ».

Confidences. Il est clair que le précédent d'une publication effectuée sans autorisation, y compris si la personne avait fait preuve d'une certaine tolérance, ne justifie pas la re-divulgateion, ce qui ne ferait que réitérer l'atteinte illicite²⁶. Une plus grande souplesse nous paraît cependant admissible en présence de confidences faites à la presse par l'intéressé lui-même²⁷. Le caractère public de l'information, "tombée" dans le domaine public, du fait de sa révélation par l'intéressé lui-même, serait alors de nature à autoriser toute re-divulgateion

2. Evénement d'actualité

16. **Fait d'actualité.** La relation des faits divers par la presse est susceptible de porter atteinte à la vie privée des individus qui s'y trouvent mêlés. Le droit à l'information est alors évoqué comme une justification à l'atteinte à la vie privée²⁸. La jurisprudence évoque fréquemment les " faits divers d'actualité ", constituant un " sujet légitime d'information du public²⁹ ". La relation du fait d'actualité « transcende » la vie privée, sous réserve de ne pas excéder les limites de la liberté d'informer.

17. **Recherche d'équilibre.** Tout récemment, la Cour de cassation vient d'affirmer 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 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 légitime³⁰". Elle a, dans l'espèce dont elle était saisie, considéré que la Cour

²¹ CA Paris, 15 mai 1970 : D. 1970. J. 466, conclusions Cabannes; V. aussi CA Paris, 27 janv. 1989 : JCP 1989. II. 21325, note Agostini

²² Cass. 2° civ. 6 janv. 1971 : D. 1971. J. 263, note Edelman; V. cependant un arrêt, d'interprétation difficile, sur l'absence de pouvoir discrétionnaire de s'opposer à la redivulgateion, Cass. 2° civ. 14 nov. 1975: Bull. n° 294; D. 1976. 421, note Edelman

²³ Cass. 1° civ. 3 avr. 2002 : CCE, déc. 2002, comm. n° 158, note Lepage ; D. 2002. J. 3164, note Bigot ; JCP 2002. IV. 1871 ; Petites affiches, 6 mai 2002, n° 90, p. 16, note Derieux ; Légipresse, oct. 2002, n° 195. III. 170, note Loiseau. - V. aussi l'affaire Chaplin, Cass. 2° civ. 14 nov. 1975 : Bull. civ. II, n° 294; D. 1976. J. 421, note Edelman; V. contra, Cass. 1° civ. 30 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 167 ; CCE, oct. 2000, n° 107, note Lepage ; D. 2000. IR. 180 ; D. 2001, somm. 1989, obs. Marino ; JCP 2001. II. 10524, note Montels ; Légipresse, sept. 2000, n° 174. III. 136, note Ader ; Petites affiches, 9 févr. 2001, n° 29, p. 18, note Ringel et 20 avr. 2001, n° 79, p. 15, note Morvan.

²⁴ Les arrêts du 23 avril 2003 précités ne semblent pas distinguer selon que l'information a été révélée ou non par l'intéressé.

²⁵ CA Toulouse, 10 déc. 2002 : JCP 2003. IV. 2659; Légipresse, juin 2003, n° 202.III.103

²⁶ En ce sens, TGI Paris, 12 nov. 1976, 1ère esp. : D. 1976. J. 233, note Ancel; CA Paris, 3 oct. 1988: D. 1988. IR. 260; TGI Paris, 7 janv. 1998 : Jurisdata n° 040670

²⁷ V. TGI Nanterre, 3 mars 1999 : Légipresse, juin 1999, n° 162. I. 75

²⁸ V. a contrario, TGI Marseille, 13 juin 1975 : D. 1975. J. 643, note Lindon, condamnant pour atteinte à la vie privée une indiscretion qui "ne concerne ni l'actualité, ni l'Histoire".

²⁹ Ch. Bigot, Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, D. 1998. Chron. 235, n° 17

³⁰ Cass. 1° civ. 9 juill. 2003 : CCE nov. 2003, comm. n° 115, note Lepage; JCP 2003. II. 10139, note Ravanans

d'appel avait "pu estimer que, relativement aux faits dramatiques dont elle était saisie, le respect de la vie privée s'imposait avec davantage de force à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste remplissant sa mission d'information"³¹. La nature de la publication influe nécessairement dans l'appréciation de la liberté d'informer.

Information légitime. Ainsi, une Cour d'appel a pu estimer, à propos d'un prince, « qu'à la date de la publication, le divorce était un fait d'actualité, officiel et notoire, dont le rappel n'excédait pas les limites de la liberté d'information³² ». De même, l'incartade conjugale de l'époux d'une princesse a constitué « un événement d'actualité » dont un hebdomadaire « pouvait légitimement rendre compte », même si, en revanche, les titres de couverture et l'explication « constituaient une extrapolation non nécessaire à l'information des lecteurs et un détournement de l'objectif d'information³³ ». Il a également été jugé qu'un article évoquant les conséquences de l'absence d'union religieuse des époux de Hanovre quant à la question du choix de la religion de leur fils était "justifié par l'information légitime, s'agissant d'une famille princière, des questions que pose le statut public religieux des intéressés et de leur descendance"³⁴.

Divulgaration injustifiée. A l'inverse, a constitué la violation du droit au respect de la vie privée la divulgation des relations entretenues par une personne avec un joueur de football, « sans que ces publications se trouvent justifiées par l'implication de l'intéressée dans un événement dont l'importance eût rendu légitime cette divulgation pour l'information du public³⁵ ». De même, si la notoriété et la popularité d'un acteur justifient que la presse relate la survenance d'un accident de santé dont l'opinion publique a été informée par des communiqués de presse émanant des autorités hospitalières et de la famille, dans un contexte "maîtrisé", il n'en est pas de même quand un article évoque les circonstances factuelles de cet accident et le comportement de l'entourage familial³⁶.

3. Droits de l'histoire.

En vertu des « droits de l'Histoire³⁷ », il est possible d'évoquer des informations privées dévoilées au cours de procédures judiciaires (a) ou au détour d'écrits autobiographiques (b).

a) La mémoire judiciaire

18. Débats judiciaires. L'historien peut être amené, dans ses recherches, à dévoiler à nouveau des pans de l'histoire judiciaire d'une personne, en dépit du droit à l'oubli à laquelle elle peut aspirer³⁸. La Cour de cassation a une position très protectrice des droits de l'histoire. A propos d'un ouvrage retraçant les activités d'une personne sous l'occupation et révélant des pans de sa vie privée passée, elle approuve l'arrêt ayant considéré que « les faits touchant à la vie privée de Mme X... avaient été livrés, en leur temps à la connaissance du public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale » et « qu'ainsi ils avaient été licitement révélés et partant, échappaient à sa vie privée, Mme X... ne pouvant se prévaloir d'un droit à l'oubli pour empêcher qu'il en soit, à nouveau fait état³⁹ ». Certes cet attendu n'évoque pas, comme justification à la re-divulgaration, les nécessités de l'histoire. Il ne s'arrête que sur la licéité de la première divulgation. Mais ce contexte était celui de l'histoire et il paraît sage de s'en tenir aux travaux historiques pour éviter tout « débordement » gratuit et malveillant⁴⁰.

Affaire criminelle. Dans le même esprit, à propos d'un article ayant posé la question de l'éventuelle innocence d'une personne condamnée à mort pour le meurtre d'un enfant, la Cour de cassation confirme un arrêt ayant débouté la famille de son action pour atteinte à la vie privée. Pour les magistrats, en effet, la question de la culpabilité d'une personne dénommée,

³¹ Cass. 1^o civ. 9 juill. 2003 préc.

³² Cass. 1^o civ. 23 avr. 2003 : D. 2003. J. 1854, note Bigot

³³ Cass. 1^o civ. 23 avr. 2003 : D. 2003. IR 1736 ; D. 2003. J. 1854, note Bigot ; JCP 2003. II. 10085, note Ravanans ; Légipresse, juin 2003, n^o 202. III. 101 ;

³⁴ CA Versailles, 27 juin 2002: Légipresse déc. 2002, n^o 197. III. 211, note Chupin

³⁵ Civ. 2^o, 24 avr. 2003 : D. 2003. IR. 1411 ; JCP 2003. IV. 2036

³⁶ CA Versailles, 23 oct. 2003: Légipresse décembre 2003, n^o 207. I. 178

³⁷ V. N. Mallet-Poujol, Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire : Légicom, 1999/4, n^o 20, p. 51.

³⁸ V. C. Costaz, Le droit à l'oubli, Gaz. Pal. 1995. 2. Doctr. 961 ; R. Letteron, Le droit à l'oubli, RD publ. 1996. 385 ; F. Petit, La mémoire en droit privé, RRJ 1997-1, p. 17

³⁹ Cass. 1^o civ. 20 nov. 1990 : Bull. civ. I, n^o 256 ; JCP 1992. II. 21908, note Ravanans.

⁴⁰ V. en ce sens, CA Montpellier 8 avril 1997: Légipresse, mai 1998, n^o 151. I. 52, pour qui les personnes anciennement condamnées, ayant purgé leur peine "peuvent légitimement s'opposer au rappel de leurs actes passés, si un tel rappel ne répond à aucune nécessité d'ordre éthique, historique ou scientifique"; V. aussi TGI Paris, 20 avr. 1983 : JCP 1985. II. 20434, note Lindon

objet de débats dans l'opinion publique, avait été présentée sans contrevérité, ni intention de nuire à la victime ou à ses proches dans leur honneur, pudeur ou affection. Ils ajoutent que le dossier judiciaire considéré, appartenant désormais "à l'histoire des grandes affaires criminelles", n'est plus seulement réductible à la vie privée des intéressés⁴¹.

b) La mémoire autobiographique

19. **Autobiographie.** Une hypothèse semble échapper à la complexité du débat sur la re-divulgation et la complaisance⁴² : celle où la personne a déjà divulgué les informations la concernant dans une autobiographie⁴³. Ainsi, pour la Cour de cassation, a légalement justifié sa décision de débouter la veuve du dernier empereur de Chine de ses demandes fondées sur l'atteinte à la vie privée de son époux défunt, une cour d'appel ayant retenu que l'empereur lui-même avait, dans ses écrits autobiographiques, fait état de certains aspects de sa vie intime que l'auteur avait repris dans son ouvrage sans manquer au respect dû à la vérité, compte tenu des éléments objectifs sur lesquels il s'était appuyé⁴⁴. Le chercheur peut donc légitimement travailler sur ce "matériau" de recherche, consigné dans un ouvrage par l'intéressé lui-même⁴⁵.

⁴¹ Cass. 1^o civ. 13 nov. 2003 : JCP 2004. IV. 1008; V. aussi CA Aix-en-Provence, 31 oct. 2001: JCP 2002. IV. 2182

⁴² supra n^o 14

⁴³ V. TGI Nanterre, 5 mars 1997 : Légipresse, nov. 1997, n^o 146. I. 139 posant que "ne peut être considéré comme fautif, le rappel, à l'occasion de la sortie d'un livre, de sentiments intimes de l'auteur concernant l'amour, la mort et le suicide, dès lors qu'ils ont été préalablement exposés, à plusieurs reprises par l'auteur lui-même".

⁴⁴ Cass. 1^o civ. 10 oct. 1995 : Bull. civ. I, n^o 356; JCP 1995. IV. 2528; V. aussi CA Paris, 26 fév. 1989 : D. 1990. Somm. 242, obs. Amson

⁴⁵ V. également TGI Paris 27 fév. 1970 : JCP 1970. II. 16293, note Lindon. Le tribunal relève que les faits ont été légalement révélés devant la Cour d'assises et que l'intéressé, en publiant son récit "Papillon", "s'est délibérément exposé à de semblables évocations et discussions de la part de ses contemporains".

II. Le droit à l'image

La reproduction de l'image des personnes est devenue une pratique courante, sinon indispensable, au sein de l'éducation nationale et de la recherche, qu'elle serve à illustrer un journal d'école ou de laboratoire, un site internet⁴⁶ ou un répertoire de chercheurs. Elle n'en est pas libre pour autant et doit s'effectuer dans le respect des principes régissant le droit à l'image. Tout document reproduisant l'image des personnes est donc mis à l'épreuve du droit à l'image (A) à respecter scrupuleusement (B), sauf à bénéficier d'une exception à l'emprise de ce droit (C).

A. La notion de droit à l'image

20. **Construction prétorienne.** Le droit à l'image est une construction essentiellement prétorienne⁴⁷, née du souci des personnes publiques de lutter contre certaines pratiques de la presse "people", sans cesse à l'affût de leur ... image. Le principe est énoncé par les juges du fond, dans les termes suivants : « toute personne a, sur son image et sur l'utilisation qui en est faite, un droit exclusif et peut s'opposer à sa diffusion sans son autorisation »⁴⁸. Dans le contentieux de la vie privée, il tient une place à part et encore controversée, même s'il est rangé sans grande contestation parmi les droits de la personnalité⁴⁹.

21. **Droit à l'image et vie privée.** De nombreux auteurs considèrent que ce droit à l'image est distinct du droit au respect de la vie privée, même si la publication de l'image peut porter atteinte tant à la vie privée qu'au droit à l'image⁵⁰. Pourtant, la Cour de cassation en maintient fortement l'ancrage dans la vie privée. Tout récemment, elle a affirmé le droit exclusif dont la personne dispose sur l'utilisation de son image, posant que « selon l'article 9 du Code civil, chacun a le droit de s'opposer à la reproduction de son image⁵¹ », dans des instances où le lien avec la vie privée n'était pas évident.

B. La diffusion de l'image d'une personne

22. Toute publication de l'image d'une personne suppose, en principe, une autorisation de la part de l'intéressé ou de son représentant légal. La difficulté principale de la mise en œuvre du droit à l'image provient de la détermination de la portée de l'autorisation donnée par la personne photographiée (1) ainsi que la détermination des personnes habilitées à accorder cette autorisation, s'agissant de l'image de mineurs ou d'incapables majeurs (2).

1. Portée de l'autorisation

⁴⁶ V. à propos de la diffusion d'une photographie sur un site internet, CA Paris, 6 nov. 2002 : CCE mars 2003, comm. n° 32, note Lepage; CA Paris, 15 mai 2001 : CCE nov. 2001, comm. n° 118, note Lepage

⁴⁷ V. aussi les dispositions de droit pénal sanctionnant l'atteinte à la représentation de la personne, aux articles 226-8 à 226-9 du Code pénal

⁴⁸ CA Paris, 14 mai 1975 : D. 1976. J. 291, note Lindon.; et V. aussi, CA Versailles 21 mars 2002: D. 2002. somm. 2374, obs. Caron Légipresse juill.-août 2002, n° 193. III. 137; CA Paris, 31 oct. 2001: D. 2002, somm. 2374, note Marino; CA Paris, 27 sept. 2001 : CCE janv. 2002, comm. n° 15, note Lepage; Légipresse, nov. 2001, n° 186. III. 198

⁴⁹ Contra, J. Carbonnier, Droit civil, Les personnes, coll. « Thémis Droit », PUF 1996, n° 82.

⁵⁰ V. R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée : JCP G 1968, I, 2136, n° 25. – R. Dumas, Le droit de l'information, PUF 1981, p. 579. – M. Cornu et N. Mallet-Poujol, Le droit de citation audiovisuelle : légitimer la culture par l'image, Légicom, n° 16, 1998/ 1, juill. 1998, p. 140. – V. aussi les commentaires nuancés de G. Loiseau : JCP G 1998, II, 10082, n° 3 et J. Ravanans : D. 1999. J. 123, n° 12.

⁵¹ Cass. 1° civ. 16 juill. 1998 : Bull. civ. I, n° 259 ; D. 1999. J. 541, note Saint-Pau. - V. aussi, Cass. 1° civ. 13 janv. 1998 : Bull. civ. I, n° 14 ; D. 1999. J. 120, note Ravanans ; JCP G 1998. II. 10082, note Loiseau et, sur le droit exclusif, Cass. 2° civ. 11 févr. 1999 : D. 1999. IR. 62 ; JCP 1999. IV. 1615

23. **Interprétation restrictive.** L'autorisation donnée par la personne pour la reproduction de son image s'apprécie strictement. La Cour de cassation a tenu à rappeler que méconnaît le respect dû à la vie privée la publication de photographies ne respectant pas « la finalité visée dans l'autorisation donnée par l'intéressé⁵² ». Ainsi le Tribunal de grande instance de Paris a pu énoncer que "toute personne dispose sur son image, partie intégrante de sa personnalité, d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa reproduction sans son autorisation expresse et spéciale, de sorte que chacun a la possibilité de déterminer l'usage qui peut en être fait en choisissant notamment le support qu'il estime adapté à son éventuelle diffusion⁵³". Il est donc très important de préciser, avec soin, l'objet de l'autorisation en distinguant, le cas échéant, la prise de vue⁵⁴ et sa diffusion, sur différents supports et à des fins spécifiques. L'autorisation donnée pour la publication de la photographie de l'enfant dans le journal de l'école ne vaut pas pour sa diffusion sur un site internet, fût-il scolaire. Il a, par exemple, été jugé que le consentement donné par un mannequin "à la publication des photographies dans le catalogue de la société La Redoute n'emporte pas en lui-même autorisation de publication dans d'autres supports⁵⁵".

24. **Finalité visée dans l'autorisation.** Ce principe de finalité a été strictement appliqué dans un litige ayant opposé des parents à une école Montessori. A la lecture des documents remis aux parents, notamment du règlement intérieur, il ressortait que ceux-ci étaient particulièrement informés que la prise de vues vidéos et de photographies participait de la pédagogie de l'école et de sa philosophie. La Cour relève "qu'en inscrivant leur enfant, en signant le règlement intérieur, ils acceptent que celle-ci prenne des photographies et filme leur enfant dans le cadre de ses activités scolaires". Toute prise de vue de l'enfant, en interne, à des fins pédagogiques, était donc autorisée. La Cour souligne, en revanche, que le règlement intérieur ne permettait pas " d'utiliser ce support, hors l'école, sans l'autorisation des parents⁵⁶". En l'espèce, les parents avaient subordonné l'autorisation de publier l'image de l'enfant à l'obtention d'une copie du support. Cette mention n'ayant pas fait l'objet de remarque de la part de l'école doit, selon la Cour, être réputée acceptée. En revanche, la Cour les déboute de leur demande tendant à obtenir une copie de toutes les cassettes vidéo dans lesquelles leur enfant apparaît durant la période où il a fréquenté l'école, estimant "qu'ils ne peuvent que s'opposer à la diffusion de cette image ou demander la suppression des images de leur fils, encore en possession de l'école, demande qui n'est pas formulée".

25. **Preuve de l'autorisation.** Comme en matière de vie privée, la charge de la preuve pèse sur la personne qui se prévaut de l'autorisation⁵⁷, c'est-à-dire, le plus souvent, l'auteur de la publication. Ainsi la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, rappelant que "le droit à l'image est un droit de la personnalité qui permet à chacun de s'opposer à la diffusion de son image sans son autorisation", prend soin d'ajouter qu'il "va de soi qu'il appartient à celui qui publie l'image ou l'exploite commercialement de justifier de l'autorisation et non pas au "photographié" d'établir que l'autorisation qu'il a consentie était limitée ou restreinte à un domaine particulier⁵⁸".

26. **Manifestation de l'autorisation.** Afin d'éviter toute difficulté d'interprétation quant à la portée de l'autorisation, laquelle est spéciale et ne vaut que pour une finalité bien précise, il est, évidemment, recommandé de recourir à une autorisation écrite. Les magistrats ont tendance à évoquer, de plus en plus, une autorisation "expresse et spéciale⁵⁹". L'on trouvera toutefois quelques espèces, bien particulières, dans lesquelles ils ont admis une présomption d'autorisation, un "consentement implicite" ou encore un "accord tacite".

27. **Droit à l'information.** Certaines juridictions avaient, en effet, adopté le mécanisme juridique consistant à admettre un rétrécissement de la sphère privée des personnages publics, lesquels sont présumés renoncer à leur droit à l'image pour tout cliché pris dans le cadre de leurs activités publiques ou officielles, pour la satisfaction du besoin légitime d'information du

⁵² Cass. 1^o civ. 30 mai 2000 : Bull. civ. I. n^o 167; V. aussi à propos à la publication d'une photographie pour illustrer un article sur les méfaits du tabac, sans s'assurer du consentement de la personne concernée, celle-ci ayant donné son autorisation de reproduction du cliché à une agence de presse alors qu'il était photographié « dans son activité de fumeur de pipe renommé et, en quelque sorte, militant », Cass. 2^o civ. 4 juill. 1984 : Bull. civ. II, n^o 130

⁵³ TGI Paris, 17^o ch. civ., 7 juill. 2003: Légipresse déc. 2003, n^o 207. III. 196

⁵⁴ V. CA Montpellier, 17 oct. 2000: JCP 2001. IV. 2228, relevant que bien que la photographe n'ait pu réaliser ces clichés sans l'autorisation des parents et de la communauté gitane, elle n'a pas été autorisée pour autant à les publier; confirmé par Cass. 2^o civ. 18 déc. 2003: D. 2004. IR. 251

⁵⁵ CA Versailles 21 mars 2002: D. 2002. somm. 2374, obs. Caron; Légipresse juill.-août 2002, n^o 193. III. 137

⁵⁶ CA Paris, 14 févr. 2002: D. 2002. J. 2004, note Ravanas

⁵⁷ F. Terré, La vie privée, in La protection de la vie privée dans la société de l'information, sous la dir. de P. Tabatoni, PUF, 2002, p. 142

⁵⁸ CA Aix-en-Provence, 30 nov. 2001: CCE janv. 2003, comm. n^o 11, note Lepage; sur la publication d'une photographie dans la rubrique "beauté" d'un magazine, V. CA Versailles 19 sept. 2000: CCE juill.-août 2003, comm. n^o 76, note Lepage

⁵⁹ V. par exemple, CA Versailles, 21 mars 2002: D. 2002. somm. 2374, obs. Caron; Légipresse juill.-août 2002, n^o 193. III. 137; CA Paris, 13 juin 2002: Petites affiches, nov. 2002, n^o 228, p. 15, note Pansier

citoyen⁶⁰. Le droit à l'image n'était alors pas invocable pour tout cliché pris dans le cadre de telles activités⁶¹. Ce mécanisme a été grandement éclipsé par la jurisprudence consacrant un droit à l'information du public sur les sujets d'actualité⁶².

28. **Consentement implicite.** L'existence d'un consentement implicite résultant des circonstances de la prise de vue est également parfois consacrée par les juges. Ainsi, la cour d'appel de Bordeaux estime, à propos de la photographie d'un individu aux prises avec un chien de combat, cliché pris au cours d'un entretien avec le journaliste, que cette circonstance rend évident le fait que l'éleveur ne pouvait pas ignorer l'utilisation qui allait nécessairement être faite de cette photographie, à des fins d'information et d'actualité, de sorte qu'il convenait de considérer qu'il avait implicitement donné son consentement à sa diffusion⁶³. En tout état de cause l'accord ne vaut que pour le contexte de publication très particulier ayant permis d'apprécier un consentement tacite⁶⁴.

29. **Re-divulgateion.** Conséquence du principe de finalité de l'autorisation, l'accord donné pour la publication de la photographie ne vaut pas pour sa re-divulgateion. En effet, comme pour le droit à la vie privée, le consentement à la divulgation de clichés ne signifie pas renonciation au droit de s'opposer à toute divulgation ultérieure⁶⁵. Ainsi la Cour d'appel de Paris rappelle que peu importe que, treize ans auparavant, l'intéressé ait consenti à la réalisation de la photographie ou que d'autres publications soient intervenues sans opposition et réaction de sa part. Ces circonstances ne dispensent nullement l'éditeur de l'ouvrage de la justification d'un accord exprès et spécial de la personne pour une nouvelle publication⁶⁶. Il en est, *a fortiori*, de même lorsque la photographie a été précédemment divulguée sans autorisation, car la re-divulgateion ne fait alors que réitérer l'atteinte au droit à l'image. Or l'individu conserve toujours la maîtrise de l'exploitation de son image, sauf, pour l'organe de presse, à se prévaloir d'une exception au droit à l'image⁶⁷.

30. **Complaisance passée.** Dans le même esprit, la complaisance à communiquer à la presse des informations et clichés personnels, dans le passé, ne saurait être invoquée par un organe de presse, pour justifier la publication de clichés nouveaux, effectués sans autorisation. Il appartient, en effet, aux personnes publiques de fixer les éléments de leur vie privée et de leur image qu'ils entendent divulguer au public et ils peuvent, à tout moment, revenir sur leur attitude passée vis-à-vis de la presse⁶⁸.

2. Personne mineure ou incapable majeur.

31. **Représentant légal.** Toute publication de l'image d'un enfant mineur ou d'un incapable majeur suppose une autorisation de son représentant légal. Est considéré comme le représentant légal le (ou les) parent(s) titulaire(s) de l'autorité parentale⁶⁹ ou le tuteur. Une Cour d'appel a ainsi considéré que commettaient une faute les réalisateurs d'une émission de télévision qui avaient interviewé une mineure de quinze ans sans avoir préalablement obtenu des parents, titulaires de l'autorité parentale,

⁶⁰ V. R. Badinter, op. cit., n° 25. – R. Dumas, op. cit., p. 577. – M. Cornu et N. Mallet-Poujol : Légicom, op. cit., p. 142. – Contra, J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ 1978, n° 154.

⁶¹ V. par exemple CA Versailles, 22 nov. 2001: Légipresse 2002, n° 189. III. 37, posant « que du fait de sa notoriété et du caractère officiel de la manifestation, MD ne pouvait ignorer qu'il y serait photographié en compagnie de la personne avec laquelle il avait choisi de s'y rendre » et qu'ainsi, en participant à un événement très médiatisé, il a « implicitement accepté qu'il soit fait état de la présence de celle-ci à ses côtés lors des retombées médiatiques qu'il pouvait attendre de cette manifestation ».

⁶² infra n° 34

⁶³ CA Bordeaux, 10 févr. 2003: JCP 2003. IV. 2991

⁶⁴ Sur un accord tacite lié à une vie commune et non invocable après la rupture, V. CA Paris, 13 juin 2002: Petites affiches, nov. 2002, n° 228, p. 15, note Pansier

⁶⁵ CA Paris, 15 mai 1970 : D. 1970. J. 466, conclusions Cabannes; V. aussi CA Paris, 27 janv. 1989 : JCP 1989. II. 21325, note Agostini

⁶⁶ CA Paris, 31 oct. 2001: D. 2002. somm. 2374, note Marino

⁶⁷ infra n° 33

⁶⁸ TGI Paris, 15 sept. 2003 : Légipresse, déc. 2003, n° 207. I. 178

⁶⁹ CA Paris, 14 févr. 2002: D. 2002. J. 2004, note Ravanas

l'autorisation expresse d'y procéder⁷⁰. S'agissant de la reproduction de l'image d'un enfant mineur handicapé dans un centre de rééducation, les magistrats ont précisé que "le directeur de l'établissement ne pouvait se substituer aux parents d'un enfant mineur pour autoriser la reproduction de son image"⁷¹.

32. **Majeur protégé.** Quant à la divulgation de l'image d'incapables majeurs, elle suppose, elle aussi l'autorisation de leurs représentants légaux. Ainsi en a-t-il été jugé à propos de la reproduction d'images représentant des handicapés mentaux dans l'intimité de leur existence quotidienne à l'intérieur des établissements où ils vivent. A cet égard la Cour de cassation a précisé que "le gérant de tutelle ne peut accomplir, seul, les actes relatifs à la personne du majeur protégé, tel celui de consentir à la reproduction de son image"⁷² et qu'il lui appartenait de saisir le juge des tutelles qui pourra "soit l'autoriser à faire ces actes, et éventuellement sous les conditions qu'il déterminera, soit décider de constituer une tutelle complète".

C. Les exceptions au droit à l'image

33. La portée du droit à l'image est toutefois amoindrie dans certaines hypothèses, au nom du droit à l'information. Il en est ainsi lorsque la photographie met en cause un sujet d'actualité (1) ou un sujet historique (2), lorsque la reproduction de l'image de la personne est accessoire par rapport à la photographie (3), ou encore lorsque la personne n'est pas identifiable sur l'image en cause (4).

1. Illustration d'un sujet d'actualité

34. **Droit à l'information.** La reconnaissance, par les tribunaux, du droit à l'image a accentué la tentation, pour tout individu, personnage connu ou anonyme, de recourir au marchandage de son image. La perspective du droit à l'information est venue corriger ce dérapage. La Cour de cassation avait été fort longtemps réticente à affirmer expressément que le droit à l'information pouvait venir infléchir le droit à la vie privée. Elle avait, au contraire, accentué l'automatisme des condamnations, en affirmant que « selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ⁷³ ». La Cour a opéré, en février 2001, une mutation remarquable en prenant en compte, sous le visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 9 du Code Civil, une exception au droit à l'image, fondée sur les exigences de l'information du public et plus précisément sur la nécessité de rendre compte d'un sujet d'actualité (1.1), sous réserve de la nature « respectueuse » de la photographie (1.2).

1.1. La condition d'actualité

35. **Implication dans un événement.** Le droit à l'image ne peut pas faire échec à la diffusion d'une photographie rendue nécessaire pour les besoins de l'information, la personne photographiée, célèbre ou inconnue, étant impliquée dans un événement ou dans une affaire judiciaire, comme auteur, victime ou témoin. Ainsi, dans l'affaire des photographies des victimes de l'attentat du RER, la Cour de cassation énonce que « la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité humaine⁷⁴ ».

36. **Manifestation.** La Cour de cassation précise sa position, en introduisant, dans l'affaire Saint-Bernard, deux conditions. Elle estime qu'est légitime, comme étant en relation directe avec l'événement qui en est la cause, la publication dans un tract appelant à une manifestation, de la photographie, prise lors de cet événement, représentant un fonctionnaire de police dans l'exercice de ses fonctions, procédant à l'expulsion d'occupants d'un édifice public. Pour les magistrats, « la Cour d'appel a

⁷⁰ CA Paris, 9 mai 1995 : D. 1996. somm. 75, obs. Hassler; V. aussi sur la publication de clichés non autorisés d'un enfant mineur, * Cass. 2° civ. 12 juill. 1966 : Bull. n° 778; D. 1967. 181, note Mimin

⁷¹ CA Paris, 17 déc. 1991 : D. 1993. 366, note Ravanas

⁷² Cass. 1° civ. 1°, 24 fév. 1993 : Bull. n° 87; D. 1993. 614, note Verheyde

⁷³ Cass. 1° civ. 1°, 5 nov. 1996 : Bull. civ. I, n° 378 ; D. 1997. 403, note Laulom ; JCP 1997. II. 22805, note Ravanas ; V. aussi Cass. 1° civ. 12 déc. 2000 : Bull. civ. I, n° 321 ; CCE. sept. 2001, comm. 94, note Lepage ; D. 2001. 2434, note Saint-Pau ; D. 2001. somm. 1987, obs. Caron ; JCP 2001. IV. 1253 ; Légipresse, mars 2001, n° 179. III. 30 ; Petites affiches févr. 2001, n° 24, p. 14, note Derieux

⁷⁴ Cass. 1° civ., 20 févr. 2001, aff. RER : Bull. civ. I, n° 42 ; D. 2001. IR. 908 ; D. 2001. 1199, note Gridel ; JCP 2001. II. 10533, note Ravanas ; Légipresse 2001, n° 180. III. 53, note Derieux.

constaté que le tract, diffusé quelques jours après l'événement, en était l'écho, retenant ainsi à bon droit que la publication litigieuse était légitime comme étant en relation directe avec l'événement⁷⁵ ».

37. **Affaire judiciaire.** La Cour de cassation raisonne de la même façon avec une « affaire judiciaire ». A propos de la publication de la photographie d'une personne, destinée à illustrer un article relatif à sa mise en examen, elle énonce que « la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine⁷⁶ ». La Cour ne s'arrête donc pas au caractère événementiel de l'information, distinction, au demeurant, très difficile à opérer. Comme le remarque un auteur, la motivation de la première chambre civile « paraît plus large et de nature à s'appliquer à tout sujet d'actualité, ayant un caractère événementiel ou non⁷⁷ ».

38. Trois observations doivent être formulées à propos de ce principe de liberté d'illustration par l'image d'un sujet d'actualité.

Elles tiennent :

- _ à la condition d'adéquation entre l'image et l'article (a),
- _ à la condition de délai dans lequel l'article est publié (b),
- _ à la condition d'importance de l'événement relaté (c).

a) Adéquation entre l'image et l'article.

39. **Adéquation.** Une condition d'adéquation est posée entre la photographie et l'article qu'elle illustre. Dans l'affaire Saint-Bernard, les magistrats précisent bien que la publication de l'image est légitime dès lors qu'elle est « en relation directe avec l'événement⁷⁸ ». Ainsi un article publié quatre jours après une remise de décoration à un personnage public revêt un caractère de fait d'actualité⁷⁹.

40. **Exemple.** Cette condition d'adéquation, de corrélation, préserve les individus contre toute utilisation intempestive de leur image. Ainsi à propos de la publication, en illustration d'un article sur le PACS, de l'image en gros plan de deux personnes, 10 mois après la manifestation, il a été jugé que « s'il est de principe que la publication d'une photographie d'une manifestation publique ne nécessite pas d'autorisation particulière, il n'en est pas de même pour la publication de photographies de manifestations homosexuelles lorsque cette publication n'est pas justifiée par l'information du public sur cet événement⁸⁰ ».

De même a-t-on considéré que portait atteinte au droit à l'image la publication, pour une brochure électorale, de la photographie d'une personne prise sur la voie publique dans le cadre d'une manifestation sportive publique, même si ce cliché avait déjà été publié dans la presse locale. La Cour d'appel relève notamment qu'en sa double qualité de sportif et d'employé municipal, la personne photographiée n'entendait pas prendre parti, ni prêter son image dans le cadre de la campagne électorale⁸¹. Ainsi, le fait que la photo ait déjà été publiée n'affranchit pas nécessairement de l'obligation de solliciter une autorisation aux fins de la publier à nouveau.

41. En revanche, à propos d'un article sur le PACS, illustré par une photographie représentant un groupe de personnes participant à une manifestation anti-PACS, dont, au premier plan, les quatre membres d'une famille, la Cour de cassation a estimé que cette image était en relation directe avec l'article publié et que la légende qui l'accompagnait était également en

⁷⁵ Cass. 1^o civ. 20 févr. 2001, aff. Saint-Bernard : Bull. n^o 43 ; D. 2001. IR. 910 ; D. 2001. 1199, note Gridel ; JCP 2001. IV. 1687 ; Légipresse 2001, n^o 180. III. 53, note Derieux

⁷⁶ Cass. 1^o civ. 12 juill. 2001 : D. 2002. 1380, note Bigot ; JCP 2002. II. 10152, note Ravanas ; Légipresse 2001, n^o 187. III. 213, note Ader.

⁷⁷ Ch. Bigot : D. 2002. 1382

⁷⁸ Cass. 1^o civ. 20 févr. 2001, aff. Saint-Bernard : Bull. civ. I, n^o 43 ; D. 2001. IR. 910 ; D. 2001. J. 1199, note Gridel ; JCP 2001. IV. 1687 ; Légipresse 2001, n^o 180. III. 53, note Derieux.

⁷⁹ TGI Nanterre 3 nov. 2003 : Légipresse, déc. 2003, n^o 207. I. 168, qui légitime aussi la publication de la photographie de l'enfant d'une personnalité prise dans cette manifestation.

⁸⁰ CA Versailles, 31 janv. 2002 : D. 2003. somm. 1533, note Caron

⁸¹ CA Besançon, 11 oct. 2001 : JCP 2002. IV. 1806

relation directe avec l'événement⁸². L'article accompagnant la photographie, consacré à C. B. présentait les requérants au lecteur comme représentatifs de "cette France qui a combattu la pilule et l'avortement". La Cour d'appel les avait jugés fondés à soutenir que leur photographie "reproduite dans un contexte étranger à celui dans lequel elle a été prise, dans un article débordant la manifestation à laquelle ils ont participé, et à des fins autres que celles qu'elle entendait illustrer, a été détournée et qu'ils ont subi, de ce fait, une atteinte à leur droit à l'image"⁸³, analyse qui n'a pas été confirmée par la Cour de cassation.

b) Délai de diffusion

42. **Délai.** Une interrogation demeure quant au délai de publication de l'image. Toujours dans l'affaire Saint-Bernard, est déclarée libre la publication d'un cliché en lien avec l'événement relaté, dans un délai très bref après la survenue de cet événement. Toute la question est de savoir désormais si la photo dite « d'illustration » est admise, « non seulement au moment même de la survenance de cet événement, mais également lors du rappel qui en est fait, pour les nécessités du droit à l'information⁸⁴ ».

Sujet d'actualité. Cette solution est, au demeurant, affirmée par le Tribunal de grande instance de Paris et a nos faveurs, dès lors que la condition d'adéquation précitée est remplie. Elle permet ainsi l'illustration d'articles de fond qui ne couvrent pas immédiatement l'actualité événementielle, mais qui demeurent "dans" l'actualité. Ainsi à propos, de la photographie d'un éleveur aux prises avec un chien de combat, la Cour d'appel de Bordeaux, après avoir évoqué un consentement tacite⁸⁵, ajoute qu'en toute hypothèse, les agressions fréquentes par des chiens de combat, notamment de la race des Pitbulls constituent des sujets d'actualité sensibilisant l'opinion publique et qui justifie la diffusion photographique des éleveurs et entraîneurs de ces animaux à quelque titre que ce soit⁸⁶.

c) Importance de l'événement

43. **Événement important.** Quand elle évoque un événement, la Cour de cassation semble avoir infléchi sa position, invitant, dans une instance, à distinguer selon l'importance de l'événement relaté. Ainsi a-t-elle confirmé un arrêt ayant retenu que la divulgation des relations entretenues par la demanderesse avec un célèbre footballeur constitue une violation de son droit au respect de sa vie privée et que la publication d'une photographie la représentant distinctement porte atteinte au droit au respect de son image, « sans que ces publications se trouvent justifiées par l'implication de Mme X... dans un événement dont l'importance eût rendu légitime cette divulgation pour l'information du public⁸⁷ ». Cela signifie, *a contrario*, qu'est libre la publication d'une photographie relative à un événement « important », avec toute la subjectivité d'un tel critère.

1.2. La nature « respectueuse » de la photographie

Toute photographie répondant à la condition d'actualité ne sera pas nécessairement licite si elle porte atteinte à la dignité de la personne (a) ou si elle est, tout simplement, peu respectueuse de cette personne (b). Ces circonstances particulières pèseront dans l'évaluation du préjudice subi par la personne (c).

a) La préservation de la dignité

⁸² Cass. 2° civ. 11 décembre 2003 : JCP 2004. IV. 1282

⁸³ CA Paris, 27 sept. 2001 : CCE janv. 2002, comm. n° 15, note Lepage; Légipresse, nov. 2001, n° 186. III. 198; V. aussi sur la dénaturation de l'image de deux femmes photographiées lors des "journées mondiales de la jeunesse", TGI Paris, 25 févr. 2002: Légipresse, juin 2002, n° 192. III. 109, note Bigot

⁸⁴ TGI Paris, 25 févr. 2002 préc. jugement qui consacre cette possibilité de libre publication

⁸⁵ supra n° 28

⁸⁶ CA Bordeaux, 10 févr. 2003: JCP 2003. IV. 2991

⁸⁷ Cass. 2° civ. 24 avr. 2003 : Bull. civ. II, n° 114 ; D. 2003. IR. 1411; JCP 2003. IV. 2036

44. **Dignité.** L'objectif de droit à l'information est, à présent, mis en balance avec la notion de dignité⁸⁸. La Cour de cassation vient certes d'énoncer que la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des "personnes impliquées dans un événement"⁸⁹ ou de "l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire"⁹⁰, mais elle a ajouté l'importante "réserve du respect de la dignité humaine".

Ce recours au concept de dignité intervient au moment où la Cour circonscrit clairement le droit à la vie privée et à l'image aux personnes vivantes et le neutralise au nom du droit à l'information. L'on ne manquera pas d'épiloguer sur la subjectivité⁹¹ d'un tel critère, voire son danger pour la liberté d'expression, d'où la nécessité de le manier "avec beaucoup de prudence"⁹², tout en reconnaissant qu'il a été un des éléments phares de la construction des droits de l'homme⁹³. Il importe surtout de faire de ce critère de la dignité humaine le moteur de la déontologie⁹⁴ de tout organe de presse en matière de publication de photographie.

Exemple. Ainsi la Cour de cassation a considéré que ne portait pas atteinte au droit à l'image la publication, dans un hebdomadaire, de la photographie réalisée au cours d'une reconstitution non interdite aux médias, montrant le père de l'enfant assassiné, un mouchoir contre le visage, soutenu par un ami et assortie de la légende "(...) incapable d'en supporter plus, doit être évacué (...)", ainsi que le portrait en médaillon de la petite victime. Pour la Cour, la photographie du père ne reproduit que sa douleur digne et légitime et celle de la fillette la représente le visage souriant, sans aucune mise en scène attentatoire au respect de sa mémoire, ni au deuil de ses parents, l'une et l'autre ayant fait l'objet de nombreuses publications⁹⁵. Cet article et son illustration relevaient donc de la liberté de communiquer.

b) L'esprit de la photographie.

Par ailleurs, d'autres conditions sont énoncées par les juges du fond, de nature à compléter leur appréciation de la légitimité de la publication.

45. **Conditions d'obtention du cliché.** Les magistrats sanctionnent, bien entendu, la publication de clichés volés⁹⁶, tels que ceux obtenus au téléobjectif⁹⁷.

46. **Légende dévalorisante.** Les juges sont également très attachés à l'esprit de la photographie et au commentaire l'accompagnant⁹⁸. Ainsi, à propos d'une photographie diffusée sur le site d'un parti politique, représentant un homme derrière un enfant lors d'une manifestation publique, accompagnée du commentaire suivant : "un enfant otage de la haine", la Cour d'appel de Paris a considéré que "le droit public à l'information et les enjeux d'une campagne électorale n'autorisent pas (...)

⁸⁸ V. not. Ch. Bigot, La liberté de l'image entre son passé et son avenir : *Légipresse*, juin 2001, n° 182. II. 68 et juill. 2001, n° 183. II. 81. – J.-P. Gridel, Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité : *D.* 2001, chron. 872.

⁸⁹ Cass. 1° civ., 20 févr. 2001 : *Bull. civ. I*, n° 42 ; *D.* 2001. IR. 908 ; *D.* 2001. 1199, note Gridel ; *JCP* 2001. II. 10533, note Ravanas ; *Légipresse* 2001, n° 180. III. 53, note Derieux.

⁹⁰ Cass. 1° civ. 12 juill. 2001, Sarde : CCE, nov. 2001, comm. n°117, note Lepage ; *D.* 2002. 1380, note Bigot ; *JCP* 2002. II. 10152, note Ravanas ; *Légipresse* 2001, n° 187. III. 213, note Ader.

⁹¹ V. d'ailleurs la différence d'appréciation de la dignité dans les arrêts Cass. 1° civ., 20 févr. 2001, aff. RER, préc. et Cass. 1° civ. 20 déc. 2000, Erignac : *Bull. civ. I*, n° 341 ; *D.* 2001. J. 885, note Gridel, p. 872 ; *JCP* 2001. II. 10488, concl. Sainte-Rose et note Ravanas ; *Légipresse* 2001, n° 180. III. 57, note Derieux.

⁹² Concl. Sainte-Rose, *JCP* 2000. II. 10257, préc. p. 354 ; sur la mise en œuvre du concept de dignité, V. à propos de l'accident du téléphérique du Pic de Bure, TGI Nanterre, 26 févr. 2003 : *Légipresse* 2003, n° 200. I. 42

⁹³ Sur la menace pour la liberté de l'information, V. M.-Ch. de Percin, Une création prétorienne : le droit à la douleur : *Légipresse* 2003, n° 202. II. 84

⁹⁴ V. Ch. Bigot, *D.* 2002. 1382, évoquant la mise en place d'une déontologie de l'image d'information, tenant compte des contraintes de l'article 10 Conv. EDH

⁹⁵ Cass. 1° civ. 13 nov. 2003 : *JCP* 2004. IV. 1008

⁹⁶ CA Toulouse, 10 déc. 2002 : *JCP* 2003. IV. 2659 ; *Légipresse* juin 2003, n° 202. III. 103

⁹⁷ V. Cass. 1° civ. 23 avr. 2003 : *Bull. civ. I*, n° 98 ; *D.* 2003. J. 1854, note Bigot ; *JCP* 2003. II. 10085, note Ravanas ; *Légipresse* 2003, n° 202. III. 101 ; CA Paris, 6 mars 2002 : CCE juill.-août 2003, comm. n° 76, note Lepage

⁹⁸ Appréciation à rapprocher de la mise en œuvre du critère de la dignité, V. supra n°44

l'exploitation non consentie, à des fins de propagande politique, de la photographie d'un individu aisément identifiable, notamment lorsqu'elle est associée à une légende dévalorisante⁹⁹.

A l'inverse, à propos d'une photographie en illustration d'un article relatant la réussite professionnelle d'une personne... dans le minitel rose, la Cour d'appel de Paris considère que « le cliché litigieux qui ne porte pas atteinte à la vie privée de l'intéressé, ne le représente pas dans une attitude ridicule, désavantageuse ou malveillante et a été réalisé sans fraude, illustre avec une parfaite adéquation l'article publié¹⁰⁰ ». De même, l'atteinte au droit à l'image n'est pas retenue au motif que « la photographie illustrant l'article a été prise lors des journées du livre et du vin, qu'elle a un caractère identitaire et ne présente pas l'intéressé sous un jour ridicule, dévalorisant ou humiliant, qu'elle illustre donc pertinemment le texte de l'article¹⁰¹ ».

47. Détournement de l'image. Non seulement une condition d'adéquation est posée entre la photographie et l'article qu'elle illustre¹⁰², mais l'article ne doit pas dénaturer la photographie. La question de détournement de l'image¹⁰³ est, en effet, également prise en compte par les tribunaux, lesquels considèrent que la publication " doit être en relation directe avec l'événement qu'elle entend relater et que les commentaires l'accompagnant ne doivent pas modifier le contenu de l'image représentant les personnes concernées par cet événement¹⁰⁴.

c) Evaluation du préjudice

48. Droit à réparation. Selon la Cour de cassation, "la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation¹⁰⁵". De même, pour les juges du fond, "la transgression du droit à l'image génère un préjudice dont le principe est acquis du seul fait de l'atteinte¹⁰⁶".

Domages et intérêts. Toutefois l'octroi des dommages et intérêts est fonction de la teneur du préjudice subi par la personne photographiée. Ils doivent réparer intégralement le dommage¹⁰⁷, lequel doit être démontré. Pour cette évaluation, les juges prennent en compte les caractéristiques de l'image reproduite ainsi que les conditions d'utilisation de son image par son titulaire. Ainsi, à propos de la photographie d'une actrice dans un journal, le Tribunal de grande instance de Paris a tenu compte d'une "double considération¹⁰⁸" : le caractère particulièrement indécent de la photographie mais aussi le fait que l'actrice avait régulièrement accepté de poser pour des photos de charme. A l'inverse, à propos d'une personne publique, photographiée à son insu, avec sa compagne, dans un jardin public, la Cour d'appel de Toulouse a considéré que s'il existait un préjudice moral, le caractère anodin du cliché qui ne portait pas atteinte à la dignité de la personne, justifiait qu'il ne lui soit alloué qu'un franc de dommages et intérêts¹⁰⁹.

2. Illustration d'un sujet historique.

49. Histoire. Si l'image d'une personne n'est plus librement diffusable quand elle n'illustre pas un événement d'actualité, elle l'est dès lors qu'elle s'inscrit dans la perspective d'illustration d'événements historiques. Ainsi, à propos de la reproduction d'une photographie, prise en mai 1968, montrant une jeune femme, dans une manifestation, juchée sur les épaules d'un ami et brandissant un drapeau, la Cour d'appel de Versailles admet que la photographie "prise dans de telles

⁹⁹ CA Paris, 6 nov. 2002 : CCE mars 2003, comm. n° 32, note Lepage

¹⁰⁰ CA Paris, 3 mai 2001 : CCE 2002, comm. n° 49, note Lepage

¹⁰¹ CA Versailles, 22 nov. 2001 : Légipresse 2002, n° 189. III. 37

¹⁰² supra n° 39

¹⁰³ V. I. de Lamberterie et X. Strubel, L'image manipulée, in Image et Droit, sous la dir. de P. Bloch, L'Harmattan, 2002, p. 335

¹⁰⁴ CA Paris, 27 sept. 2001 : CCE janv. 2002, comm. n° 15, note Lepage; Légipresse, nov. 2001, n° 186. III. 198. L'arrêt a été infirmé, sur l'appréciation du cas d'espèce, par Cass. 2° civ. 11 décembre 2003; JCP 2004. IV. 1282

¹⁰⁵ Cass. 1° civ. 5 nov. 1996 : Bull. n° 378; D. 1997. 403, note Laulom; JCP 1997. II. 22805, note Ravanis; V. aussi * Cass. 1° civ. 25 fév. 1997 : Bull. n° 73; D. 1997. IR. 93; JCP 1997. II. 22873, note Ravanis

¹⁰⁶ TGI Paris, 7 juill. 2003 : Légipresse déc. 2003, n° 207. III. 196, note Taudou et Braun

¹⁰⁷ A. Lepage, L'indemnisation du préjudice résultant d'atteintes aux droits au respect de la vie privée et à l'image dans la jurisprudence récente: CCE juill.-août 2001, comm. n° 20

¹⁰⁸ TGI Paris, 7 juill. 2003 préc.

¹⁰⁹ CA Toulouse, 10 déc. 2002: JCP 2003. IV. 2659; Légipresse juin 2003, n° 202. III. 103

circonstances pouvait et peut être publiée sans son consentement ¹¹⁰. Elle ajoute que sa divulgation "même répétée, est tout autant licite et ne requiert pas son consentement, dès lors que la reproduction intervient toujours dans le cadre des événements de mai 1968, à l'occasion de leur rappel à date anniversaire, dans le seul but d'illustrer la mémoire d'événements qui appartiennent à l'histoire". L'information "historique et politique" est explicitement évoquée comme exception au droit à l'image. La Cour fait valoir, par ailleurs que la photographie "n'est nullement dévalorisante et que même empreinte d'un lourd symbolisme est insusceptible, dans un tel contexte de diffusion, de lui causer quelconque préjudice".

3. Individu " accessoire" dans l'image

50. **Accessoire.** La théorie de l'accessoire permet de suspendre le droit à l'image, quand le cliché n'est pas centré sur la personne mais sur un événement d'actualité. Une personne avait assigné le journal France Soir, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, pour avoir publié une photographie sur laquelle il figurait, illustrant un article faisant état de "l'arsenal des barbus" à propos d'une opération de police dirigée contre les "milieux islamistes". Elle arguait d'une atteinte au droit au respect de sa vie privée dès lors que "pratiquant israélite portant la barbe, il se trouvait, étant identifiable sur la photographie, assimilé aux personnes impliquées dans l'action de la police". La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel ayant retenu que "la photographie était prise sur le seuil d'un bâtiment public, que rien ne venait isoler Mr. X... du groupe de personnes représentées sur la photographie, centrée non sur sa personne, mais sur un événement d'actualité, auquel il se trouvait mêlé par l'effet d'une coïncidence due à des circonstances tenant exclusivement à sa vie professionnelle"¹¹¹.

51. **Personne isolée.** Il en fut évidemment jugé autrement pour l'image d'un enfant isolée d'une manifestation. Des parents avaient, en effet, sollicité réparation du préjudice subi du fait de la publication et de l'exploitation d'une photographie de leur fils prise au cours d'une fête folklorique. La Cour d'appel avait rejeté cette demande, considérant qu'il s'agissait d'un "cliché d'information, pris lors d'une fête folklorique à laquelle participait l'enfant", lequel n'avait subi aucune atteinte à sa vie privée. Cet arrêt a été cassé au motif que "l'image de l'enfant était isolée de la manifestation au cours de laquelle elle avait été prise et que le photographe avait procédé à une publication de cette image, sans l'autorisation des parents"¹¹².

4. Individu non identifiable

52. **Identification.** Il est, par ailleurs, possible d'écarter la mise en oeuvre du droit à l'image, quand la personne n'est pas identifiable¹¹³. C'est la raison pour laquelle, *a contrario*, certains magistrats précisent, notamment à propos de personnes photographiées dans une manifestation publique, que le droit à l'image joue pour la diffusion de l'image "d'un individu aisément identifiable"¹¹⁴.

53. **Prise de vue.** Ce caractère non identifiable est parfois le corollaire du caractère accessoire de la personne sur le cliché. Mais il peut résulter de la prise de vue, de trois quart, par exemple, ou des techniques de "floutage" des visages. Les magistrats estiment, en effet, que la violation du droit à l'image suppose qu'un lecteur normalement attentif puisse discerner les traits de la personne représentée pour pouvoir la reconnaître¹¹⁵. En l'espèce, selon la Cour, même après un examen attentif des clichés et après une comparaison avec les portraits fournis par la requérante, mannequin, il n'était pas possible de reconnaître celle-ci, la silhouette et la tenue vestimentaire banale portée par le personnage ne permettant pas, à elles-seules une identification.

Ainsi, à propos d'une photographie, illustrant un article sur l'élevage de Pitbulls et représentant une personne au visage masqué non identifiable, la Cour d'appel de Bordeaux a considéré que l'intéressé ne saurait se plaindre d'une diffusion sans son consentement¹¹⁶. A l'inverse, à propos de la photographie d'un enfant handicapé reproduite dans un article sur un centre de rééducation fonctionnelle, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'il importait peu que "l'identité de l'enfant des demandeurs

¹¹⁰ CA Versailles, 7 déc. 2000 : Légipresse, mars 2001, n° 179. III. 35.

¹¹¹ Cass. 1° civ. 25 janv. 2000: Bull. civ. I, n° 27; D. 2000, IR. 70; D. 2000, somm. 270, note Caron; JCP 2000, II. 10257, concl. Sainte-Rose; Légipresse 2000, n° 170. III. 46, note Ader.

¹¹² Cass. 1° civ. 12 déc. 2000 : Bull. civ. I, n° 322; D. 2001. 2064, note Ravanans ; JCP 2001. II. 10572, note Abravanel-Jolly

¹¹³ V. CA Versailles, 21 juin 2001 : D. 2001. IR. 3094.

¹¹⁴ CA Paris, 6 nov. 2002 : CCE mars 2003, comm. n° 32, note Lepage

¹¹⁵ CA Versailles, 27 janv. 2000: D. 2000. IR. 146

¹¹⁶ CA Bordeaux, 10 févr. 2003: JCP 2003. IV. 2991

n'ait pas été divulguée, dès lors qu'il se trouvait, en dépit du léger maquillage dont il fait l'objet, parfaitement reconnaissable sur une photographie le représentant seul, en gros plan, avec une légende révélant la nature de son infirmité¹¹⁷.

54. **Légende identifiante.** Enfin, un organe de presse ne saurait arguer du caractère non identifiable de la personne, en l'espèce des enfants, quand l'article accompagnant les clichés évoque leurs parents et mentionne leurs prénoms et leurs âges¹¹⁸.

¹¹⁷ CA Paris, 17 déc. 1991 : D. 1993. J. 366, note Ravanans

¹¹⁸ TGI Paris, 15 sept. 2003 : Légipresse, déc. 2003, n° 207. I. 178

2^{ème} Partie Protection des données personnelles

55. L'expansion des usages de l'informatique et de l'internet dans le secteur de l'enseignement et la recherche confronte le personnel à la question "Informatique et libertés", dans les hypothèses les plus variées. Les traitements automatisés de données personnelles se rencontrent, hors l'internet, dans trois principales hypothèses : l'informatique de gestion, l'informatique documentaire ou encore l'informatique de recherche. L'informatique de gestion administrative et pédagogique a vu la multiplication de traitements de télématique administrative¹¹⁹, de télématique pédagogique¹²⁰ ou encore de monétique¹²¹.

56. **Informatique documentaire.** L'informatique documentaire, dans le secteur de l'enseignement et de la recherche prend la forme de bases de données, de banques d'images, ou encore, plus largement, de créations multimédias. Ces applications favorisent la numérisation massive de fonds papiers et la mise en place de bibliographies, d'annuaires, d'organigrammes ou encore d'instruments pédagogiques comme le « cartable électronique ». Enfin, sous le vocable "informatique de recherche", sont désignés tant les traitements automatisés de données nominatives mis en oeuvre lors des recherches effectuées par les enseignants-chercheurs que les traitements ayant pour fins des recherches sur le monde de l'enseignement.

57. **Internet.** Les applications internet sont certes plus récentes mais en développement exponentiel. Deux principales utilisations en sont faites dans le domaine de l'enseignement et de la recherche, alternatives ou cumulatives : la création de sites internet et l'utilisation du réseau internet comme moyen de communication. La création de sites internet connaît un fort engouement dans le secteur de l'enseignement, qui voit fleurir des sites Web spécialement conçus à l'attention des élèves. Il peut s'agir d'une informatique documentaire existante « basculée » sur l'internet ou de la mise en place de « portails éducatifs » ou de « campus numériques », appelés aussi « campus virtuels¹²² » ou encore d'expérimentations du « e-Learning¹²³ » au moyen de « i-manuels » ! Des sites sont également créés par les élèves eux-mêmes, comme en témoignent les nombreux sites d'écoles et les ... « cybergazettes¹²⁴ ». L'internet est également utilisé comme instrument de communication, essentiellement au moyen des applications de courrier électronique¹²⁵ ou « courriel » ou par le recours aux listes de discussions, forums de discussion ou « chats ».

58. **Projet de loi.** Toutes ces applications supposent le respect des principes de protection des données personnelles, tels qu'ils ont été édictés par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés¹²⁶. Cette loi est sur le point d'être modifiée par la loi de transposition de la directive communautaire du 24 octobre 1995. C'est pourquoi seront évoquées, tout au long de nos développements, les dispositions du projet de loi quand elles visent expressément le secteur de l'enseignement et de la recherche. Ce projet étant en instance devant le Parlement¹²⁷, les observations qui suivent sont purement indicatives, pouvant s'avérer contredites par les termes définitifs de la loi.

C'est ainsi que seront évoqués les points majeurs du dispositif informatique et libertés, selon le plan suivant:

- la notion de données personnelles,
- les formalités préalables à tout traitement,

¹¹⁹ comme l'inscription aux concours et aux examens

¹²⁰ V. le traitement « Lycéoduc » avec la gestion des notes, des absences et la messagerie: CNIL, 14° rapport d'activité 1993, Doc. fr. 1994, p. 115

¹²¹ V. le traitement « Lycéoduc » avec des cartes permettant l'accès aux services de restaurant, cafétéria, photocopies : CNIL, 14° rapport d'activité 1993, op. cit. p. 115

¹²² V. par exemple, le projet european school net, sur le site, www.eun.org

¹²³ V. Communication de la Commission des communautés européennes, « e-Learning – Penser l'éducation de demain », Bruxelles, 24 mai 2000, COM(2000)318 final

¹²⁴ V. le projet du CLEMI d'Aix-Marseille sur le site <http://pedagogie.ac-aix-marseille.fr/bleue/cybergaz>

¹²⁵ V. la convention signée entre La Poste et le Ministère de l'Education Nationale pour octroyer aux élèves une adresse électronique

¹²⁶ Loi n° 78- 17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : JO du 7 janvier 1978 et rectificatif au JO du 25 janv. 1978

¹²⁷ V. le texte n° 762 (2002-2003) transmis à l'Assemblée nationale le 2 avril 2003, en deuxième lecture

- les conditions de collecte des données,
- les conditions de traitement des données,
- le droit d'accès des personnes concernées,
- la diffusion des données.

D'autres explications peuvent, bien entendu, être trouvées sur le site de la CNIL (www.cnil.fr) et un travail pédagogique peut être mené avec les élèves ou les étudiants à partir de "l'espace juniors" du site de la CNIL.

I. La notion de données personnelles

59. **Données nominatives.** Aux termes de l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978, « sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent (...) ». Cette définition circonscrit le champ d'application fort large de la loi Informatique et Libertés, laquelle régit la mise en oeuvre de tout traitement automatisé de telles données.

Les applications informatiques à des fins pédagogiques et éducatives mobilisent des données permettant d'identifier directement (A) mais aussi indirectement (B) les personnes physiques. Une attention particulière doit être portée sur la collecte de données sensibles (C) ainsi que sur les procédés d'anonymisation des données (D).

A. Les données d'identification directe

Les traitements de données à des fins pédagogiques et éducatives fourmillent bien évidemment de données directement nominatives, sous forme de données alphanumériques (1) ou d'images (2).

1. Données alphanumériques

60. Toute application mémorisant les noms des personnes physiques, *a fortiori* leurs nom et prénoms relève du champ d'application de la loi. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL - a cependant été amenée à exclure du champ d'application de la loi certains traitements automatisés « lorsqu'ils portent sur des données nominatives jugées accessoires par rapport à leur finalité principale, et lorsque les informations ne portent atteinte ni directement, ni indirectement à l'identité humaine, aux droits de l'homme, à la vie privée ou aux libertés individuelles ou publiques¹²⁸ ».

61. Ce principe conduit, selon un auteur, à exclure du champ de la loi le « traitement automatisé du fichier des ouvrages d'une bibliothèque¹²⁹ », mais pas celui relatif aux lecteurs consultants et abonnés¹³⁰. Cette approche nous paraît devoir être reconsidérée en cas de basculement d'un tel fichier bibliographique sur l'internet, en raison de la puissance des moteurs de recherche, susceptibles de dresser le profil d'un auteur à raison de ses travaux¹³¹.

2. Images

62. Les images, fixes ou animées, constituent sans aucune discussion des données nominatives¹³². L'attention des responsables d'applications informatiques, comme des sites d'écoles comportant des photographies ou des vidéos des

¹²⁸ J. Frayssinet, Informatique, fichiers et libertés, Litec, 1992, n° 104

¹²⁹ J. Frayssinet, op. cit. n° 104

¹³⁰ V. à cet égard, la Norme Simplifiée n° 9 édictée par la CNIL par délibération n° 99-27 du 22 avril 1999 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion des prêts de livres, de supports audiovisuels et d'oeuvres artistiques et à la gestion des consultations de documents d'archives publiques, JO 28 mai 1999

¹³¹ V. à cet égard les délibérations CNIL du 7 novembre 1995 relatives aux annuaires de chercheurs sur l'internet : CNIL, 16° Rapport 1995, Doc. fr. 1996, p. 85

¹³² V. CNIL, Voix, image et protection des données personnelles, Doc. fr. 1996

enfants, doit donc être portée sur le traitement automatisé des images, tant au regard du droit à l'image¹³³ que de la protection des données personnelles.

63. **Vidéo sur l'internet.** Par exemple, la CNIL a émis un avis favorable au projet d'arrêté présenté par la ville d'Issy-les-Moulineaux en vue de la création, à titre expérimental, pour une durée d'un an, d'un traitement automatisé d'informations nominatives permettant aux parents d'enfants d'une crèche de voir leurs enfants sur Internet, lors d'ateliers, pendant des tranches horaires déterminées.

La commission a pris acte des garanties suivantes:

"accès réservé aux parents et limité à certaines plages horaires sous le contrôle de la directrice de la crèche,

absence de conservation des images par le dispositif,

sécurisation des transmissions des images,

autorisation expresse des parents et des personnels de la crèche¹³⁴."

L'avis favorable est émis, sous réserve que l'autorisation expresse des personnels de la crèche et des parents soit recueillie, que les notes d'information à destination des parents et des personnels mentionnent l'ensemble des destinataires des images et qu'un bilan soit adressé à la CNIL aux termes de l'expérimentation.

B. Les données d'identification indirecte

64. L'appréhension de données indirectement nominatives est moins évidente. Il convient d'avoir à l'esprit que cette définition est extrêmement large et que la catégorie est donc très accueillante, allant du numéro de téléphone ou de sécurité sociale à l'adresse ou au numéro de plaque d'immatriculation, en passant par la voix¹³⁵ ou l'adresse de courrier électronique. S'agissant d'applications à des fins pédagogiques et éducatives, l'attention doit plus particulièrement porter sur la question des numéros d'identification (1), des tests psychotechniques et psychologiques (2) et des données statistiques (3), voire des empreintes digitales (4) ou de la géométrie de la main (5).

1. Numéros d'identification

La question des numéros d'identification unique est un des points névralgiques de la législation Informatique et Libertés. Elle est posée, pour l'enseignement et la recherche, tant à l'égard du NIR (1.1) que de toute forme de matricule étudiant (1.2).

1.1. NIR

65. **RNIPP.** L'article 18 de la loi de 1978 prévoit que « l'utilisation du répertoire national d'identification des personnes physiques en vue d'effectuer des traitements nominatifs est autorisée par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la commission ». Le RNIPP, répertoire national des personnes physiques, géré par l'INSEE permet l'identification de tout Français au moyen d'un numéro de 13 chiffres, créé à partir de l'état civil. Ce numéro, appelé encore NIR (numéro d'inscription au répertoire), numéro INSEE, ou tout simplement numéro de sécurité sociale, est non seulement identifiant mais aussi signifiant.

66. La CNIL est extrêmement réticente à son utilisation, notamment dans le secteur de l'éducation nationale. Dans ses normes simplifiées, n° 29 et n° 33, relatives à la gestion de certains fichiers d'élèves¹³⁶, le recours au NIR n'est pas autorisé. De même, la CNIL s'est efforcée d'en limiter le recours, dans le secteur de l'enseignement et de la recherche, à des applications de protection sociale (a) ou d'appariement des fichiers (b).

a) Protection sociale

67. **Traitement APOGEE.** Dans le traitement « APOGÉE », visant la gestion administrative de la pédagogie et de la scolarité des étudiants de l'enseignement supérieur, le numéro de sécurité sociale des étudiants est « exclusivement utilisé pour leur immatriculation auprès des organismes de sécurité sociale et des mutuelles agissant comme centres payeurs de

¹³³ supra n° 20

¹³⁴ Délibération n° 01-003 du 25 janvier 2001: CNIL, 22° rapport d'activité 2001, Doc. fr. 2002, p. 202

¹³⁵ V. CNIL, Voix, image et protection des données personnelles, Doc. fr. 1996

¹³⁶ infra n° 108

sécurité sociale¹³⁷ ». La CNIL, qui précise que l'Education nationale dispose désormais d'un identifiant propre¹³⁸, insiste sur le fait que le maintien du NIR ne s'explique « qu'au regard de la particularité de la protection sociale étudiante et notamment, de l'obligation faite aux établissements d'enseignement de transmettre le numéro de sécurité sociale aux organismes de sécurité sociale¹³⁹ ».

b) Appariement des fichiers

68. **Echantillon de jeunes.** A propos du traitement automatisé d'informations nominatives en vue de la constitution d'un échantillon de jeunes sortant, en 1992, des classes de terminale et de l'enseignement supérieur, la CNIL a admis l'utilisation du NIR, sous la réserve que « le numéro INSEE ne sera utilisé que pour les opérations d'appariement entre les fichiers d'inscrits au baccalauréat et les fichiers d'inscrits aux universités gérés par la direction de l'Evaluation et de la Prospective ; qu'il ne sera pas conservé par le CEREQ après l'achèvement de ces opérations¹⁴⁰ ».

La CNIL a ainsi donné un avis favorable au projet de décret relatif à l'utilisation du NIR aux fins de constitution, par le CEREQ - Centre d'études et de recherches sur les qualifications - d'échantillons de jeunes sortant de classes terminales ou de l'enseignement supérieur, pour évaluer leur cheminement et leur insertion professionnelle. Cette autorisation a été accordée en considération du fait que la constitution de ces échantillons devait permettre la réalisation d'enquêtes de cheminement entrant dans la mission de service public du CEREQ et que le NIR ne pouvait être utilisé qu'à des fins statistiques et pendant une période limitée dans le temps¹⁴¹.

69. **Projet de loi.** La même attention à l'utilisation du NIR est portée par le projet de loi n° 762 précité¹⁴² qui prévoit, en son article 4 incluant l'article 27 nouveau, une procédure d'autorisation par décret en Conseil d'Etat, pris après avis motivé et publié de la CNIL ou d'autorisation par arrêté pris après avis motivé et publié de la CNIL, selon que le traitement porte sur le NIR ou requiert une consultation du RNIPP sans inclure le NIR.

1.2. Matricule étudiant

70. La CNIL a toujours été extrêmement réservée sur l'usage du numéro d'identification au répertoire- NIR. Dans sa délibération¹⁴³ de 1983 relative à l'utilisation du NIR, elle a recommandé que l'emploi du NIR, comme identifiant des personnes dans les fichiers, ne soit ni systématique, ni généralisée et qu'en conséquence, "les responsables de la conception d'applications informatiques se dotent d'identifiants diversifiés et adaptés à leurs besoins propres".

71. **Traitement SAGACES.** Le recours au NIR a été le principal « point d'achoppement » des discussions avec le ministère de l'Education nationale à propos du traitement « SAGACES » d'aide à la gestion des examens et concours scolaires. C'est ainsi que la CNIL avait émis un avis favorable au projet de décret relatif à l'utilisation du RNIPP, pendant une durée limitée de deux ans, en tenant compte de la « volonté du ministère de régulariser la situation à bref délai¹⁴⁴ ». Il s'agissait de

¹³⁷ CNIL, Délibération n° 94-115 du 20 décembre 1994 portant avis concernant la mise en oeuvre d'un système automatisé d'informations nominatives dénommé « APOGEE » par les établissements publics d'Enseignement supérieur relevant du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche : CNIL, 15° rapport 1994, Doc. fr. 1995, p. 196

¹³⁸ infra n° 73

¹³⁹ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 194

¹⁴⁰ CNIL, Délibération n° 96-080 du 1° oct. 1996 concernant le traitement automatisé d'informations nominatives en vue de la constitution d'un échantillon de jeunes sortant en 1992 des classes de terminale et de l'enseignement supérieur : CNIL, 17° rapport 1996, Doc. fr. 1997, p. 323

¹⁴¹ CNIL, Délibération n° 96-084 du 1° oct. 1996 portant avis sur le projet de décret pris en application de l'article 18 de la loi du 6 janv. 1978 relatif à l'utilisation du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques par le ministère de l'Enseignement supérieur et le CEREQ : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 327

¹⁴² supra n° 58

¹⁴³ Délibération n° 83-58 du 29 novembre 1983 portant adoption d'une recommandation concernant la consultation du RNIPP et l'utilisation du NIR: CNIL, 5° rapport d'activité, Doc. fr. 1985, p. 211

¹⁴⁴ V CNIL, Délibération n° 93-073 du 7 septembre 1993 : CNIL, 14° rapport 1993, Dc. fr. 1994, p. 125

permettre le remplacement du traitement « EFU¹⁴⁵ » par le traitement « SISE », faisant appel à un identifiant propre à l'éducation nationale et distinct du numéro INSEE .

72. Traitement SISE. Cet engagement de recourir à un identifiant distinct du NIR a été honoré par la mise en oeuvre du traitement « SISE » (enquête d'information sur le suivi des étudiants) destiné à obtenir des informations fiables et cohérentes sur les élèves et les étudiants des établissements d'enseignement supérieur, en vue de la répartition des moyens, de l'établissement de statistiques et d'études prospectives. Ainsi, la CNIL a émis un avis favorable au projet d'arrêté, en considérant que « le traitement SISE sera caractérisé par la mise en place d'un numéro matricule spécifique de l'étudiant distinct du numéro d'identification au répertoire¹⁴⁶ ». La structure de l'identifiant est de onze caractères dont un code géographique caractérisant sur deux caractères l'académie d'immatriculation, l'année d'attribution du numéro en deux caractères, un numéro d'ordre séquentiel en six caractères et la clé de contrôle codée en un caractère. Le recours au matricule est lui-même strictement limité aux besoins des traitements.

73. Identifiant nationale élève. Ainsi, dans le traitement « SCOLARITÉ », (ayant pour objet d'assurer la gestion administrative, pédagogique et financière des élèves par les établissements publics du second degré, la gestion académique et l'établissement de statistiques par les rectorats et les inspections d'académie, ainsi que la gestion prévisionnelle et la mise en oeuvre d'études statistiques par l'administration centrale), il a été prévu, à la demande de la CNIL, que les numéros matricules nationaux des élèves ne seraient pas transmis au niveau central, l'administration centrale n'étant destinataire que des données anoblissements¹⁴⁷. Le projet comprenait, en effet, la création de trois bases de données : la base élève au niveau de l'établissement scolaire (BEE), la base élève au niveau académique (BEA), la base centrale de pilotage (BCP) au niveau de l'administration centrale. On notera que l'identifiant attribué à chaque élève par le ministère est désormais dénommé « identifiant national élève » - INE¹⁴⁸.

74. E-learning. L'idée de matricules ou identifiants uniques¹⁴⁹ parcourt également les projets de « e-learning¹⁵⁰ », dont il convient de maîtriser la portée et les finalités. Une légitime inquiétude demeure sur les risques de dérives marchandes de tels projets. Le projet de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) serait, par exemple, d'imposer à tous les « apprenants » un numéro d'identification personnel, « simple human identifier », dont l'objectif serait de « rendre capables les technologies de l'information d'avoir un accès rapide aux profils et préférences humains, tels les modes d'apprentissage, les capacités physiques, cognitives et les préférences culturelles¹⁵¹. Ce qui conduit J. Perriault, représentant de l'AFNOR, à exhorter les autorités françaises à ne pas céder face aux « marchands qui veulent utiliser l'e-learning pour se constituer des bases de données clients¹⁵² »...

2. Tests psychotechniques et psychologiques

75. Tests. A propos des modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, la CNIL a estimé¹⁵³ que les tests et épreuves à caractère psychotechnique ou psychologique constituaient une collecte de données personnelles au sens de la loi du 6 janvier 1978.

3. Données statistiques

¹⁴⁵ V. CNIL, Délibération n° 93-072 du 7 septembre 1993 : CNIL, 14° rapport 1993, op. cit. p. 127

¹⁴⁶ V. CNIL, Délibération n° 93-075 du 7 septembre 1993 : CNIL, 14° rapport 1993, op. cit. p. 130

¹⁴⁷ V. CNIL, 13° rapport 1992, Doc. fr. 1993, p. 155

¹⁴⁸ V. CNIL, Délibération n° 02-069 du 15 oct. 2002 : CNIL, 23° rapport 2002, Doc. fr. 2003, p. 183

¹⁴⁹ V. le site ltsc.ieee.org et les projets d'identifiants uniques pour les étudiants ou « apprenants »

¹⁵⁰ V. le plan d'action communautaire « Apprendre dans la société de l'information » et la Communication de la Commission « e-learning – Penser l'éducation de demain » : CCE, Bruxelles 24 mai 2000, COM(2000)318 final ; V. l'analyse de Nico Hirtt sur la promotion du « e-Learning » comme moyen de combler le retard européen en matière de TIC et de commerce électronique : N. Hirtt, Les trois axes de la marchandisation scolaire, sur le site <http://users.skynet.be/aped>; V. le site www.keepschool.com

¹⁵¹ S. Mandard, Internet va-t-il démanteler l'école ?, Le Monde Interactif, 26 septembre 2001, p. 1

¹⁵² J. Perriault, cité par S. Mandard, ibid

¹⁵³ V. CNIL, Délibération n° 85-050 du 22 octobre 1985 portant recommandation relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, JO 17 nov. 1985, accessible sur le site www.cnil.fr

76. **Statistiques.** Aucune administration n'échappe à la production de données statistiques. Dans le secteur de l'enseignement et de la recherche, la mise en oeuvre de traitements automatisés a répondu, dans les années 1970, au souci de « déconcentrer la gestion » des ministères de l'Education Nationale et de l'Enseignement supérieur. Il en est résulté qu'il n'y a eu, selon la CNIL, « de remontée de données au niveau national que sous forme agrégée et statistique, aux fins d'information du pouvoir politique et pour permettre à l'administration centrale d'exercer ses missions normales d'évaluation et de pilotage¹⁵⁴ ».

77. **Données agrégées.** Toutefois, il faut reconnaître que « des données statistiques agrégées à un niveau insuffisant permettent indirectement l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent¹⁵⁵ ». Il importe donc d'opérer une juste appréciation du risque d'identification d'une personne dans certaines masses d'information. Si cette question n'a pas semblé poser de problèmes pour les traitements de gestion, elle a, en revanche, conduit la CNIL à de nombreuses discussions avec l'INSEE, notamment à propos de l'utilisation, pour la recherche scientifique, des données issues du recensement.

Recensement. En effet, à l'issue des exploitations statistiques des résultats du recensement, l'INSEE diffuse des fichiers de données individuelles, des listes ou des tableaux. L'INSEE, pour le recensement de 1999, s'est engagée à ne céder aucun fichier de données individuelles ou « fichier-détail » à un niveau d'agrégation inférieur à 50 000 habitants, sauf lorsque ceux-ci ne comporteront que des informations sur le logement. Ainsi, le niveau d'agrégation des « résultats se présentant sous forme de fichiers détails (c'est-à-dire de questionnaires individuels comportant pour tout élément d'identification la zone géographique dans laquelle est située l'adresse de la personne ayant répondu) » est passé de 5000 à 50000 habitants, pour empêcher une « ré-identification des personnes par croisement des fichiers d'adresses¹⁵⁶ ».

Niveaux d'agrégation. Pour les « fichiers-tableaux », les tableaux prédéfinis correspondent à la population de la commune ou à celle de quartiers fixes d'environ 5000 et 2000 habitants et ne comportent pas de variables relatives à la nationalité, ni aux migrations. Quand ils en comportent, ils sont cédés à un « niveau d'agrégation équivalent à la population de la commune pour les communes de plus de 5000 habitants ou à celle de zones infra-communales fixes résultant du regroupement de trois quartiers fixes de 2000 habitants soit environ 6000 habitants¹⁵⁷ ».

78. **Seuils.** Cette appréciation du caractère indirectement nominatif des données agrégées est souvent contestée par les chercheurs. A cet égard, pour le recensement de 1990, le Conseil d'Etat a considéré que « la protection du secret statistique et du secret de la vie privée » ne justifiait pas « la fixation générale d'un seuil minimal d'agrégation de 5000 habitants pour les communes dont la population dépasse ce chiffre, sans aucune différenciation tenant à la nature des informations recueillies et aux différents supports contenant les données du recensement général de la population de 1990¹⁵⁸ ».

4. Empreintes digitales

79. **Biométrie.** Les empreintes digitales constituent des données indirectement nominatives. Le recours à ce procédé d'identification de la personne, par biométrie¹⁵⁹, doit être limité au strict nécessaire, dans le souci du principe de finalité et de proportionnalité¹⁶⁰. La CNIL relève, à ce sujet, combien « la prise de l'empreinte digitale est, dans l'inconscient collectif, ressentie comme une intrusion particulièrement indiscreète dans l'intimité de la personne¹⁶¹ (...) ». Elle s'est d'ailleurs opposée à la collecte des empreintes digitales des élèves et du personnel d'un collège aux fins de faciliter leur accès à la cantine scolaire.

¹⁵⁴ CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 117

¹⁵⁵ CE 7 oct. 1998, Ass. des utilisateurs de données publiques c/ Insee : Rec. CE 355 ; D. 1998. IR. 240 ; Dr. inf. et tél. 1999/1, p. 39, note P. Huet; Petites affiches 1999, n° 147, p. 19, concl. Combrexelle

¹⁵⁶ CNIL, 20^e rapport d'activité 1999, Doc. fr. 2000, p. 166

¹⁵⁷ CNIL, Délibération n° 98-023 du 24 mars 1998 portant avis relatif à la création d'un traitement automatisé réalisé, par l'INSEE, à l'occasion du recensement général de la population (RGP) de 1999 : CNIL, 19^e rapport d'activité 1998, Doc. fr. 1999, p. 141

¹⁵⁸ CE 7 oct. 1998 préc.

¹⁵⁹ V. Cl. Guerrier, Protection des données personnelles et applications biométriques en Europe : CCE, juill.-août 2003, Chron. 19

¹⁶⁰ infra n° 144

¹⁶¹ CNIL, Voix, image et protection des données personnelles, op. cit., p. 22

80. **Empreintes digitales.** La Commission considère « qu'à la différence d'autres données biométriques, les empreintes digitales laissent des traces qui peuvent être exploitées à des fins d'identification des personnes à partir des objets les plus divers que l'on a pu toucher ou avoir en main » et que « la constitution d'une base de données d'empreintes digitales est dès lors susceptible d'être utilisée à des fins étrangères à la finalité recherchée par sa création ». Elle ajoute que « si la constitution de bases de données biométriques y compris d'empreintes digitales peut être justifiée dans certaines circonstances particulières où l'exigence de sécurité et d'identification des personnes est impérieuse, sa mise en oeuvre dans un collège, à l'égard notamment de mineurs et aux seules fins de contrôler l'accès à la cantine scolaire est excessive au regard de la finalité poursuivie¹⁶² ». Comme le souligne un auteur, aucune disposition, dans ce dossier, « ne permettait de garantir que cette finalité soit limitativement respectée¹⁶³ ».

81. **Contrôle d'accès.** A l'inverse, la commission a admis la mise en place d'un système de contrôle d'accès biométrique par reconnaissance des empreintes digitales, mis en place par l'Académie de Lille, pour le contrôle de l'accès à l'imprimerie des sujets d'examens, aux salles fortes, aux coffres et salles d'archives¹⁶⁴. Elle a rejeté, en revanche, le projet de contrôle biométrique du personnel, aux fins de permettre l'accès rapide et sécurisé aux bâtiments de la cité académique¹⁶⁵.

5. Géométrie de la main

82. **Contour de la main.** Autre forme de donnée biométrique, le recours à la technique de la reconnaissance du contour de la main a été autorisé par la CNIL, pour un traitement de gestion des accès au restaurant scolaire des élèves et des personnels du collège Joliot Curie de Carqueiranne. Cette technique permet de « s'assurer que les données nécessaires au contrôle de l'accès ne sont ni perdues, ni échangées et que seules les personnes habilitées peuvent accéder au service¹⁶⁶ ». La CNIL observe que le contour de la main contrairement aux empreintes digitales, ne laisse pas de trace et limite les « risques d'utilisation des données à des fins étrangères à la finalité poursuivie par le traitement ».

C. Les données sensibles

83. **Données sensibles.** Aux termes de l'article 31 al. 1 de la loi du 6 janvier 1978, « Il est interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes (...) ».

Le secteur de l'enseignement et de la recherche est principalement confronté à la question des données sensibles relatives à la santé (1), aux mœurs (2), à la nationalité (3) et aux opinions (4).

1. Santé

84. **Recherche médicale.** A l'égard des données de santé, il importe de distinguer des autres applications informatiques les traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, ainsi que les traitements des données personnelles de santé à des fins d'évaluation ou d'analyse des activités de soins et de prévention. Pour ces deux catégories, il convient de se reporter, respectivement, aux articles 40-1 à 40-10 et aux articles 40-11 à 40-15 de la loi du 6 janvier 1978, qui instaurent des procédures et des règles spécifiques¹⁶⁷.

¹⁶² V. CNIL, Délibération n° 00-015 du 21 mars 2000 portant avis sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en oeuvre par le collège Jean Rostand de Nice, destiné à gérer l'accès à la cantine scolaire par la reconnaissance des empreintes digitales : CNIL, 21° rapport 2000, Doc. fr. 2001, p. 110

¹⁶³ V. P. Leclercq, « La CNIL, garante de la finalité, de la loyauté et de la sécurité des données personnelles », in Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC, Etudes réunies sous la direction de M.-C. Piatti, Presses Universitaires de Lyon, 2001, p. 122

¹⁶⁴ CNIL, 21° rapport d'activité 2000, Doc. fr. 2001, p. 116

¹⁶⁵ infra n° 147

¹⁶⁶ CNIL, Délibération n° 02-070 du 15 oct. 2002: CNIL, 23° rapport 2002, op. cit. p. 167

¹⁶⁷ V. notamment, sous la direction de I. de Lamberterie et H.-J. Lucas, Informatique, libertés et recherche médicale, CNRS Droit, 2001

85. **Données de santé.** Pour les autres applications, il faut avoir à l'esprit que les données relatives à la santé ne figurent pas à l'article 31 relatif aux données sensibles et soumettant leur traitement à l'accord exprès des intéressés¹⁶⁸, mais que l'article 6 de la Convention 108 les mentionne parmi les catégories particulières de données qui ne peuvent pas être traitées automatiquement, « à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées ». De fait, la CNIL les assimile souvent à des données sensibles et veille à la mise en place de réseaux sécurisés de transmission des données et de mécanismes renforcés de confidentialité et de protection des droits des personnes.

86. **Santé et vie sexuelle.** Par exemple, dans sa recommandation de 1985 relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, la CNIL estime que « les informations susceptibles de porter atteinte à la vie privée des élèves ou de leurs familles, en particulier celles relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne doivent être recueillies qu'avec l'accord écrit des intéressés¹⁶⁹ ».

2. Mœurs

87. **Mœurs.** A propos du questionnaire élaboré par un institut de recherche médicale, lors du recrutement de « volontaires sains » désirant se prêter à des recherches biomédicales, la CNIL a été saisie de réclamations de la part d'associations de lutte contre le SIDA, à cause de la présence, dans le formulaire, sous la rubrique « sexualité », d'une question sur une éventuelle homosexualité qui « semblait constituer un critère d'exclusion¹⁷⁰ ». La Commission a rappelé les termes de l'article 31 à l'institut de recherche, lequel a modifié son questionnaire. Celui-ci ne comporte plus de rubrique relative à l'homosexualité mais fait état de « pratiques à risques non protégées¹⁷¹ ».

3. Nationalité

88. **Nationalité.** L'information relative à la nationalité d'une personne est de nature à faire apparaître son origine raciale, ce qui a conduit la CNIL à la considérer, dans certaines hypothèses, comme une donnée sensible¹⁷². S'agissant de l'enseignement et de la recherche, la question de la nationalité a revêtu une grande acuité quand la CNIL a été saisie par les ministères de l'Education nationale et de l'Enseignement supérieur, en 1993, de la régularisation de l'ensemble des fichiers de gestion administrative et pédagogique des élèves de l'enseignement public secondaire et des étudiants, mis en oeuvre, pour certains, depuis vingt ans !

89. **Opportunité de la collecte.** La CNIL s'est alors réservée la possibilité d'apprécier l'opportunité¹⁷³ de la collecte de la nationalité, en vérifiant qu'elle ne pouvait pas avoir de conséquences dangereuses. Ainsi a-t-elle pris acte que « la nationalité n'est enregistrée sous une forme détaillée que lorsque des raisons précises le justifient : nécessité, par exemple, de disposer de données chiffrées fines pour équilibrer les échanges d'étudiants dans le cadre d'accords bilatéraux ou encore pour apprécier, conformément aux demandes du Haut Commissariat à l'Intégration, l'efficacité de différentes actions sous l'angle de l'intégration¹⁷⁴ ».

90. **Traitement SCOLARITE.** Dans les autres hypothèses, la référence à la nationalité est limitée aux mentions « Français », « CEE » ou « Autres ». Ainsi, la Commission a autorisé, dans le traitement « SCOLARITE », (ayant pour objet d'assurer la gestion administrative, pédagogique et financière des élèves par les établissements publics du second degré, la gestion académique et l'établissement de statistiques par les rectorats et les inspections d'académie, ainsi que la gestion

¹⁶⁸ infra n° 137

¹⁶⁹ V. CNIL, Délibération n° 85-050 du 22 oct. 1985 portant recommandation relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, JO 17 nov. 1985

¹⁷⁰ V. CNIL, 17° rapport d'activité 1996, Doc. fr. 1997, p. 313

¹⁷¹ V. également, à propos de la vie sexuelle, les termes de la délibération CNIL n° 85-050 du 22 oct. 1985 précitée.

¹⁷² CNIL, Délibération n° 91-033 du 7 mai 1991 portant avis relatif à la création d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant une application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France : CNIL, 12° rapport d'activité 1991, Doc. fr. 1992, p. 233, « prenant acte que l'information relative à la nationalité des étrangers pouvant indirectement faire apparaître leur origine raciale, fera l'objet du recueil de l'accord exprès des personnes concernées » ; V. aussi CNIL, Les libertés et l'informatique, Vingt délibérations commentées, La documentation française 1998, p. 120

¹⁷³ V. sur la prise en compte de la nationalité en matière de scoring, V. CE 30 oct. 2001 : Petites affiches, novembre 2001, n° 218, p. 3

¹⁷⁴ CNIL, 14° rapport 1993, op. cit., p. 118

prévisionnelle et la mise en oeuvre d'études statistiques par l'administration centrale), la collecte de la nationalité, en considérant que cette collecte a « pour seule finalité l'établissement de traitements statistiques¹⁷⁵ ». Dans le traitement « SAGACES¹⁷⁶ », ayant pour objet la gestion des opérations propres à l'organisation des examens et concours scolaires, la nationalité est enregistrée sous la forme « française-étrangère ».

91. **Traitement APOGEE.** A propos du traitement « APOGÉE », visant la gestion administrative de la pédagogie et de la scolarité des étudiants de l'enseignement supérieur, la CNIL autorise le traitement de la mention relative à la nationalité, en relevant que la nationalité des étudiants est enregistrée dans le cadre de l'affiliation à la sécurité sociale, certaines conventions bilatérales permettant à des ressortissants étrangers de bénéficier de la protection sociale étudiante française¹⁷⁷. Elle prend acte que cette donnée est également utilisée pour élaborer des statistiques sur la répartition des effectifs étudiants par nationalité.

4. Opinions

92. **Association de parents.** La CNIL est extrêmement vigilante sur les hypothèses de dévoilement des opinions politiques ou religieuses des élèves et étudiants ou de leurs parents . Ainsi, à propos des modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, elle estime « les réponses aux questions concernant l'appartenance à une association de parents d'élèves sont susceptibles de faire apparaître les opinions politique, religieuse ou syndicale des intéressés ; qu'à ce titre, leur recueil est subordonné à l'accord écrit de ceux-ci¹⁷⁸ ». De même, à la suite de plaintes auprès de la CNIL, le directeur de l'évaluation et de la prospective du ministère de l'Education nationale a renoncé, en 1992, à la mise en oeuvre d'une enquête sur les opinions politiques des jeunes et de leurs parents et a demandé aux chefs d'établissements de détruire tous les questionnaires¹⁷⁹.

93. **Enseignement religieux.** Enfin, à propos du traitement « SCOLARITÉ », la CNIL a été confrontée au fait que la situation particulière des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, où l'enseignement religieux est une matière obligatoire, imposait de gérer les élèves inscrits aux cours d'enseignement religieux ainsi que les dispenses. L'article 31 s'appliquant, il fallait, soit prévoir le recueil de l'accord exprès des intéressés, soit prendre un décret dérogatoire en Conseil d'Etat si l'intérêt public le justifiait. Le ministère avait fait valoir qu'une procédure homogène était préférable à des solutions locales de traitement manuel de cette mention ou d'accord exprès, solutions qui « n'étant pas contrôlées, risqueraient de porter atteinte aux libertés individuelles¹⁸⁰ ». La CNIL a émis un avis conforme au projet de décret dérogatoire qui lui était soumis.

D. Les données anonymisées

94. **Anonymisation.** Compte tenu des dangers présentés par l'informatisation croissante des données personnelles le souci premier de tout maître de fichier doit être d'anonymiser les applications informatiques dès que cela est possible. C'est en ce sens que s'est prononcée la commission des lois du Sénat, lors de l'examen du projet de loi de transposition de la directive de 1995, qui souhaite "encourager l'anonymisation des données à caractère personnel¹⁸¹". Autrement dit , il convient de ne jamais délivrer l'identité des personnes ou des éléments trop identifiants quand cela n'est nullement indispensable à la finalité du traitement¹⁸². La diffusion, par exemple, sur un site d'école, des travaux des élèves, ne nécessite pas la mention de leur nom. Leur prénom, voire le prénom et l'initiale du nom suffisent.

95. **Suppression de données.** Certains traitements ne requièrent des données nominatives qu'à certaines étapes et pour une durée déterminée. Par conséquent, il importe de procéder à la suppression de données identifiantes dès lors que celles-ci ne

¹⁷⁵ CNIL, Délibération n° 93-074 du 7 sept. 1993 : 14° rapport CNIL 1993, op. cit. p. 122

¹⁷⁶ V. le traitement « SAGACES » in CNIL, 14° rapport 1993, op. cit. p. 124

¹⁷⁷ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 194

¹⁷⁸ V. CNIL, Délibération n° 85-050 du 22 oct. 1985 portant recommandation relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, JO 17 nov. 1985

¹⁷⁹ V. CNIL, 13° rapport 1992, op. cit. p. 153

¹⁸⁰ V. CNIL, 14° rapport 1993, op. cit. p. 119

¹⁸¹ V. A. Turk, Sénat, Rapport n° 218 (2002-2003), Commission des lois

¹⁸² sur le principe de pertinence, infra n° 148

sont plus indispensables. L'identifiant, qui peut s'avérer nécessaire pour le suivi de l'enquête dans la durée¹⁸³, voire pour contrôler le travail des enquêteurs, sera alors supprimé dès que les opérations de collecte seront achevées.

96. Effacement du numéro d'ordre. C'est ainsi, qu'à propos d'une étude statistique confiée par le Comité consultatif du Conseil national du crédit et du titre (CNT) au CREDOC, aux fins de cerner la population des interdits bancaires, la CNIL a accepté le fait que « lors des opérations de collecte un numéro d'ordre obligatoire sera attribué à chaque questionnaire, ce numéro d'ordre renvoyant au nom des personnes figurant sur la liste qui aura été transmise par la Banque de France sur support papier¹⁸⁴ ». Elle a toutefois relevé que « si l'attribution de ce numéro d'ordre confère au traitement mis en oeuvre par le CREDOC pour exploiter les réponses des personnes interrogées un caractère indirectement nominatif au sens de l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978, ce numéro d'ordre sera effacé du traitement dès les opérations de collecte terminées ».

97. Délai d'anonymisation. De même, la mise en place, par l'INED, d'un traitement automatisé destiné à étudier le devenir des enfants naturels, a nécessité la collecte, dans les registres d'état civil, d'un échantillon des actes de naissance d'enfants naturels nés en 1965, 1970, 1975, 1980, 1985, 1990 et 1994 ainsi que des mentions marginales de l'acte de naissance et des actes associés mentionnés en marge. Les relevés sont anonymes, sauf pour les actes associés à l'acte de naissance mentionnés en marge « lesquels étant souvent établis dans une autre mairie, impliquent un relevé nominatif jusqu'à réception du complément d'information adressé par la mairie concernée¹⁸⁵ ». Il a été convenu que les données nominatives seraient anonymisées dans les deux mois suivant la fin de la collecte .

98. Intérêt statistique. L'anonymisation intervient également quand les données n'ont qu'un intérêt statistique. Ainsi, à propos de la mise en oeuvre, par le ministre de l'Education nationale, du traitement automatisé d'informations nominatives « SCOLARITÉ¹⁸⁶ » précité, il a été pris acte, par la CNIL, qu'au « niveau national, la base centrale de pilotage (BCP) ne traitera que des données anonymisées transmises par les bases élèves ou académiques, en vue de la production de statistiques destinées à améliorer la gestion prévisionnelle des effectifs et la répartition des moyens » et « qu'en particulier, les numéros matricules nationaux des élèves ne sont pas communiqués à la base centrale de pilotage » .

99. Diffusion du fichier. Enfin, l'anonymisation est souvent mise en oeuvre aux fins de diffusion du fichier à d'autres organismes. Par exemple, à propos de la mise en oeuvre, par l'INSEE, d'un traitement automatisé d'informations nominatives à l'occasion de l'enquête « Handicaps-Incapacités-Dépendances », il a été décidé que « l'INSEE sera le seul destinataire des données recueillies » et que « le service des statistiques, des études et des systèmes d'information du ministère de l'Emploi et de la Solidarité, obtiendra, conformément aux dispositions de l'article 7bis de la loi du 7 juin 1951, un fichier d'enquête anonyme comportant les codes commune, moyennant la signature d'une convention avec l'INSEE et un avis favorable de la CNIL¹⁸⁷ » .

¹⁸³ Dans le suivi de panels la donnée nominative est indispensable au suivi mais n'est pas prise en compte en tant que telle ; V. CNIL, Délibération n° 98-077 du 7 juill. 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 154, « considérant toutefois que l'INSEE prévoit de recueillir sur une feuille de suivi établie sur support papier, l'accord des personnes interrogées pour participer à une enquête de l'INED dans un délai de deux à six ans après la première interrogation, ainsi que les coordonnées d'une ou deux personnes relais susceptible(s) de communiquer leur nouvelle adresse en cas de changement de domicile ».

¹⁸⁴ CNIL, Délibération n° 98-080 du 8 sept. 1998 : 19° rapport 1998, op. cit. p. 157

¹⁸⁵ CNIL, Délibération n° 96-092 du 22 oct. 1996 : 17° rapport 1996, op. cit. p. 318

¹⁸⁶ CNIL, Délibération n° 92-130 du 24 nov. 1992 portant avis sur la mise en oeuvre, par le ministre de l'éducation nationale, d'un traitement automatisé d'informations nominatives dénommé « SCOLARITÉ » : CNIL, 13° rapport 1992, op. cit. p. 157

¹⁸⁷ CNIL, Délibération n° 98-061 du 16 juin 1998, 19° rapport 1998, op. cit. p. 150

II. Les formalités préalables à tout traitement

100. **Traitement automatisé.** Aux termes de l'article 5 de la loi du 6 janvier 1978, « Est dénommé traitement automatisé d'informations nominatives au sens de la présente loi tout ensemble d'opérations réalisées par les moyens automatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou bases de données et notamment les interconnexions ou rapprochements, consultations ou communications d'informations nominatives ». Sont considérés, par exemple, comme des traitements automatisés un autocommutateur téléphonique, une base de données électronique, un site internet, une carte à mémoire ou une messagerie électronique.

101. **Dangerosité des fichiers.** La loi du 6 janvier 1978 avait très nettement distingué les sorts respectifs des traitements du secteur public ou du secteur privé. Les fichiers dits "publics" étaient perçus comme beaucoup plus « liberticides » et attentatoires à la vie privée des individus et ont, de ce fait, été soumis à des formalités de création plus lourdes. Avec le temps, l'évolution de la micro-informatique et l'essor de l'internet, cette ligne de partage entre secteur public et secteur privé a perdu de sa pertinence. La directive de 1995 en a pris acte, en s'attachant, non plus à l'origine des fichiers mais à leur degré de « dangerosité » pour les libertés. Ainsi prévoit-elle une procédure de notification à l'autorité de contrôle préalablement à la mise en œuvre d'un traitement, voire pour certains traitements, une notification simplifiée. En revanche, les traitements "susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées" feront l'objet de contrôles préalables.

Cela étant, dans l'attente de la transcription de la directive, la loi applicable demeure celle de 1978, d'où la nécessité d'évoquer les formalités telles qu'elles résultent de ce texte originaire.

La loi de 1978 prévoit un régime de déclaration préalable (A) ou de demande d'avis (B), selon la nature privée ou publique des traitements automatisés, procédures auxquelles il convient d'ajouter le régime des déclarations simplifiées (C).

A. La déclaration préalable

102. Aux termes de l'article 16 de la loi de 1978, les traitements du secteur privés doivent, préalablement à leur mise en œuvre, faire l'objet d'une déclaration soumise à la CNIL. Cette déclaration comporte l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi. Dès qu'il a reçu le récépissé délivré sans délai par la commission, le demandeur peut mettre en œuvre le traitement. Il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités.

B. La demande d'avis

Aux côtés de la procédure de demande d'avis (1) du secteur public, figure également des procédures de déclaration de conformité pour certains traitements nationaux mis en place dans les services déconcentrés de l'éducation nationale (2).

1. Traitements du secteur public

103. Aux termes de l'article 15 al. 1 de la loi de 1978, " hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'Etat, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale, ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, sont décidés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la CNIL (...)".

2. Traitements nationaux ou modèles-types

104. Quand les ministères de l'Education nationale et de l'Enseignement supérieur ont procédé, en 1993, à la régularisation de l'ensemble de leurs traitements automatisés, ils ont présenté à la CNIL un certain nombre de modèles-types. Cela a permis à la Commission de se prononcer sur un « projet global d'informatisation présenté par une administration¹⁸⁸ » et d'accepter, par la suite, une simple déclaration de conformité pour chaque application locale.

105. **Traitement SAGACES.** Le traitement « SAGACES » d'aide à la gestion des examens et concours scolaires a ainsi été proposé par le ministère comme un modèle, que les rectorats ou directions départementales des services de l'éducation

¹⁸⁸ CNIL, Dix ans d'Informatique et Libertés, Economica 1988, p. 71

nationale¹⁸⁹ peuvent décider d'utiliser. Dans son avis au projet d'arrêté portant création du traitement « SAGACES », la CNIL a pris acte que « la responsabilité de la mise en oeuvre du traitement incombe selon le cas au rectorat ou aux directions départementales des services de l'éducation nationale, responsables de l'organisation et du déroulement de l'examen¹⁹⁰ ». L'organisme concerné doit alors « adresser à la CNIL une déclaration de conformité se référant au présent modèle, à laquelle sera jointe une annexe sur les mesures prises pour garantir la confidentialité des données traitées¹⁹¹ ».

C. La déclaration simplifiée

106. Aux termes de l'article 17 de la loi de 1978, "pour les catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés, la CNIL établit et publie des normes simplifiées inspirées des caractéristiques mentionnées à l'article 19.

Pour les traitements répondant à ces normes, seule une déclaration simplifiée de conformité à l'une de ces normes est déposée auprès de la commission. Sauf décision particulière de celle-ci, le récépissé de déclaration est délivré sans délai. Dès réception de ce récépissé, le demandeur peut mettre en oeuvre le traitement. Il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités".

1. La procédure simplifiée

107. La norme simplifiée a pour fonction d'alléger les formalités préalables pour « les catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés¹⁹² ». Elle décrit principalement la finalité du traitement, les catégories d'informations traitées, la durée de conservation des données et les destinataires des informations. Pour chaque traitement répondant à ces normes, une déclaration simplifiée de conformité à ces normes est déposée auprès de la CNIL. Sauf décision particulière de celle-ci, le récépissé de déclaration est délivré sans délai. Dès réception de ce récépissé, le demandeur peut mettre en oeuvre le traitement mais il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités.

2. Les normes simplifiées

108. De nombreuses normes simplifiées ont vocation à régir les divers traitements automatisés mis en place par les administrations, pour leurs activités administratives les plus courantes.

Enseignement. Deux normes simplifiées visent, plus spécifiquement, certains traitements de gestion du secteur de l'enseignement :

- la norme simplifiée n° 29 concernant la gestion administrative, comptable et pédagogique des écoles et des établissements d'enseignement secondaire du secteur public et du secteur privé¹⁹³, et
- la norme simplifiée n° 33 concernant la gestion des élèves inscrits dans les écoles maternelles et élémentaires¹⁹⁴.

109. **Conformité à la norme.** Bien entendu, le bénéfice de la norme simplifiée ne joue qu'à l'égard des traitements correspondant tout à fait à ceux visés par la norme. A propos du traitement « LYCEODUC » de Muret, dont les médias s'étaient fait l'écho, et pour lequel l'établissement avait adressé une déclaration simplifiée par référence à la norme n° 29, la CNIL a été amenée à solliciter de plus amples informations. Le traitement décrit par la presse ne semblait pas conforme à la déclaration effectuée. Il a été demandé au lycée d'adresser à la CNIL une nouvelle déclaration, « la déclaration simplifiée adressée initialement ne rendant pas compte de l'importance et des caractéristiques du traitement¹⁹⁵ ».

110. **Prêts d'ouvrages.** Il convient également de citer, pour l'informatique documentaire :

¹⁸⁹ Sur les relations entre puissance publique et personnes de droit privé, V. CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 118 et le traitement « SCOLARITÉ », p. 123

¹⁹⁰ CNIL, Délibération n° 93-073 du 7 sept. 1993 : CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 125

¹⁹¹ V. aussi, le traitement « BALI » : CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 132 ; le traitement « STAGE » : CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 134 ; et le traitement « APOGEE » : CNIL, Délibération n° 94-115 du 20 déc. 1994 précitée

¹⁹² Article 17 de la loi de 1978

¹⁹³ NS n° 29 : Délibération n° 86-115 du 2 déc. 1986 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion administrative, comptable et pédagogique des écoles et des établissements d'enseignement secondaire du secteur public et du secteur privé, JO 17 déc. 1986

¹⁹⁴ NS n° 33 : Délibération n° 91-038 du 28 mai 1991 relative aux traitements automatisés d'informations nominatives mis en oeuvre par les communes, concernant la gestion des élèves inscrits dans les écoles maternelles et élémentaires, JO 22 juin 1991

¹⁹⁵ CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 115

- la norme simplifiée n° 9 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion des prêts de livres, de supports audiovisuels et d'œuvres artistiques et à la gestion des consultations de documents d'archives publiques¹⁹⁶.

¹⁹⁶ NS n° 9 : Délibération n° 99-27 du 22 avril 1999 (JO 28 mai 1999), remplace et abroge la délibération n° 80-017 du 6 mai 1980

III. Les conditions de collecte des données

La loyauté de toute collecte de données en vue d'un traitement automatisé passe par l'information des personnes concernées (A), laquelle information est susceptible d'entraîner l'assentiment de la personne ou son opposition (B).

A. L'information des personnes concernées

Les modalités d'information de la personne concernée sont d'une nature et d'une difficulté bien distinctes selon que la collecte est directe (1) ou indirecte (2) .

1. Collecte directe

111. **Information de la personne.** Aux termes de l'article 27 de la loi de 1978, « Les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées :

- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse ;
- des personnes physiques ou morales destinataires des informations;
- de l'existence d'un droit d'accès et de rectification .

Lorsque de telles informations sont recueillies par voie de questionnaire, ceux-ci doivent porter mention de ces prescriptions .

Ces dispositions ne s'appliquent pas à la collecte des informations nécessaires à la constatation des infractions » .

112. **Contrôle de la CNIL.** Le respect de ces conditions d'information est strictement contrôlé par la CNIL lors de l'examen des demandes d'avis. Ainsi, à l'occasion d'une vérification sur les conditions d'une enquête réalisée par l'Institut Louis Harris, la CNIL a pris acte de ce que l'organisme s'était engagé, notamment, « à modifier les lettres accompagnant les questionnaires adressés aux personnes relevant du champ de l'enquête de façon à les informer du caractère facultatif des questions, des destinataires, des modalités d'exercice de leur droit d'accès, de rectification et le cas échéant, de suppression¹⁹⁷ ». De même, à propos d'une enquête mise en oeuvre par le CEREQ auprès des sortants de l'enseignement supérieur, la Commission a pris note que « les personnes interrogées seront informées par lettre circulaire un mois avant le démarrage de la collecte, du caractère facultatif des réponses et du but poursuivi par cette opération¹⁹⁸ ».

Cela étant, l'information des personnes présente des traits particuliers pour les traitements envisagés en milieu scolaire (1.1) et pour les applications de recherche scientifique (1.2).

1.1. Applications en milieu scolaire

113. **Recommandation.** La CNIL a élaboré, dès 1985, une recommandation relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation¹⁹⁹. Ses principales préconisations ont trait à la nature des informations recueillies et à l'information préalable des intéressés.

114. Plus spécifiquement, la CNIL estime, dans cette recommandation, que les tests et épreuves à caractère psychotechnique ou psychologique constituent une collecte d'informations nominatives au sens de la loi de 1978 et que, dès lors, l'accord écrit du responsable légal d'un élève mineur doit être recueilli préalablement à l'organisation de tels tests ou épreuves. Elle précise également le type de données sensibles nécessitant l'accord écrit des intéressés²⁰⁰.

¹⁹⁷ CNIL, Délibération n° 96-035 du 16 avr. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 314

¹⁹⁸ CNIL, Délibération n° 96-082 du 1° oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 325

¹⁹⁹ CNIL, Délibération n° 85-050 du 22 octobre 1985 portant recommandation relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, JO 17 novembre 1985

²⁰⁰ supra n° 83 et infra n° 137

115. **Traitement SCOLARITE.** Dans le traitement « SCOLARITÉ » destiné au pilotage et à la gestion des élèves du second degré, la CNIL a, par exemple, pris acte que « l'information des parents, telle que prévue par l'article 27 de la loi de 1978, sera effectuée par le ministère ; que pour l'année en cours, l'information sera affichée dans l'établissement » et que « pour la mise en place du système définitif, les documents de collecte des données comporteront les prescriptions de l'article 27 précité²⁰¹ ».

1.2. Applications de recherche scientifique

116. Une parfaite information des personnes interrogées peut présenter des inconvénients pour certains traitements automatisés entrepris dans le secteur de la recherche scientifique et des statistiques. Il en est ainsi pour les projets de recherche, à l'égard desquels il est parfois important parfois de ne pas délivrer le nom du commanditaire, ni l'objet précis de la recherche, pour ne pas hypothéquer la qualité des réponses. L'information est alors volontairement biaisée et la transparence dans la présentation de l'enquête nécessairement altérée²⁰².

117. **Enquêtes épidémiologiques.** Cette hypothèse s'est présentée lors du lancement de grandes enquêtes épidémiologiques ou de recherches menées dans le domaine de la psychologie. Elle a donné lieu à d'importantes discussions avec la CNIL pour aboutir à des solutions de compromis quant à la nature de l'information à délivrer aux personnes concernées. Les enquêtes ont ainsi été réalisées à certaines conditions, parfois encore critiquées par la CNIL ou par les chercheurs²⁰³. En effet, la CNIL contestait les modalités d'information qu'elle jugeait inadaptées²⁰⁴ et de nature à bouleverser l'intimité et la vie privée des familles ou encore des modalités d'information « qui ne permettent pas de considérer que leur consentement libre et éclairé a été véritablement obtenu dans la mesure où les objectifs précis de la recherche ne leur étaient pas indiqués²⁰⁵ ».

2. Collecte indirecte

118. La collecte indirecte des données, qui ne s'opère pas directement auprès des intéressés, laisse entière la question de l'information des personnes concernées. Ce point est examiné dans les hypothèses d'extension de finalité et se solde, en général, par des obligations très strictes d'information.

119. **Traitement du CREDOC.** Ainsi, dans l'étude CREDOC, la CNIL a imposé une procédure d'information dans les conditions suivantes : « considérant qu'avant toute transmission au CREDOC la Banque de France adresserait aux intéressés un courrier les informant de la réalisation de l'enquête confiée au CREDOC, et de son caractère facultatif, accompagné d'un coupon-réponse à renvoyer au moyen d'une « lettre T » (...) ; qu'en outre le CREDOC s'engage à adresser à chacune des personnes dont les coordonnées lui auraient été transmises, et avant d'entamer les opérations d'enquête, un courrier rappelant les thèmes de l'enquête projetée, réitérant l'avertissement portant sur la possibilité de refuser d'y participer et indiquant le nom d'un interlocuteur, ainsi qu'un numéro de téléphone à appeler pour obtenir de plus amples informations²⁰⁶ ».

La collecte indirecte de données, réalisée à l'insu des intéressés, s'effectue essentiellement à partir de cessions de données. Cette hypothèse, caractéristique des traitements de marketing, ne survient pas, à notre connaissance, dans le secteur de l'enseignement et de la recherche. En revanche, deux méthodes de collecte indirecte soulèvent des difficultés particulières dans ce secteur : l'extraction de fichiers par extension de finalité (2.1) et le traçage électronique (2.2).

2.1. Extraction de fichiers par extension de finalité

²⁰¹ CNIL, 13^e rapport 1992, op. cit. p. 157

²⁰² V. notamment, sous la direction de I. de Lamberterie et H.-J. Lucas, Informatique, libertés et recherche médicale, CNRS Droit, 2001

²⁰³ V. Rapport du CIDSP sur les aspects informatique et libertés de la recherche en sciences sociale, 1995

²⁰⁴ V. les difficultés soulevées par la recherche sur le glaucome : CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 199

²⁰⁵ V. les observations de la CNIL à propos de la recherche du CNRS sur le développement cognitif des enfants nés par insémination artificielle par donneur : CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 204

²⁰⁶ CNIL, Délibération n° 98-080 du 8 sept. 1998 : CNIL, 19^e rapport 1998, op. cit. p. 156

120. **Principe de finalité.** Le principe de finalité constitue une des pierres angulaires des dispositifs de protection des données personnelles. Il est clairement énoncé à l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, appelée encore « Convention 108 », lequel dispose que les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont : « (...) b) enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités ; c) adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées (...) ».

121. **Extension de finalité.** Pourtant, « afin de ne pas gêner le développement de la recherche²⁰⁷ », la CNIL a élaboré le concept « d'extension de finalité », autorisant l'accès à des fichiers administratifs²⁰⁸ « lorsque l'objet du traitement envisagé par les chercheurs se situait dans le champ ou le prolongement de la finalité du fichier de base²⁰⁹ ». Il en fut ainsi d'une étude sur l'insertion professionnelle des jeunes diplômés effectuée à partir d'un échantillon tiré de fichiers universitaires ou de fichiers nominatifs de gestion pouvant bénéficier à des traitements statistiques. En revanche, la CNIL a estimé que le fichier électoral ne pouvait pas servir une campagne de dépistage du cancer du sein dès lors que les fichiers des caisses d'assurance maladie pouvaient s'y prêter plus logiquement.

122. **Garanties supplémentaires.** Ces autorisations s'accompagnent de l'exigence de garanties supplémentaires. Il a, par exemple, été demandé aux chercheurs qu'ils informent les personnes enquêtées du mode d'obtention de leur adresse (lors de la constitution de l'échantillon) et qu'ils limitent la durée de conservation des données nominatives pour éviter « tout détournement potentiel ultérieur des fichiers de base²¹⁰ ». D'autres conditions peuvent être posées aux chercheurs, comme l'anonymisation des données ou, du moins, leur être rappelées, comme l'obligation de confidentialité, voire le respect du secret professionnel.

123. **Exemple.** A propos de l'étude confiée par le CNCT au CREDOC sur l'exclusion bancaire²¹¹ et qui supposait la constitution, à partir d'une extraction du fichier central des chèques, d'un échantillon initial de 20 000 personnes faisant l'objet d'une interdiction bancaire ne résultant pas d'une interdiction judiciaire²¹², la CNIL a entouré cette extraction d'un certain nombre de garanties. Il a été décidé que les seules informations issues du fichier central des chèques que la Banque de France transmettrait au CREDOC seraient les noms et adresses des personnes concernées ainsi que la date de mise en oeuvre de la mesure d'interdiction bancaire. Il a, par ailleurs, été convenu que la Banque de France, avant toute transmission de données au CREDOC, adresserait aux intéressés un courrier les informant de la réalisation de l'enquête confiée au CREDOC, et de son caractère facultatif, accompagné d'un coupon –réponse à renvoyer au moyen d'une « lettre T ».

124. Enfin, le CREDOC s'était engagé à « adresser à chacune des personnes dont les coordonnées lui étaient transmises, et avant d'entamer les opérations d'enquête, un courrier rappelant les thèmes de l'enquête projetée, réitérant l'avertissement portant sur la possibilité de refuser d'y participer et indiquant le nom d'un interlocuteur, ainsi qu'un numéro de téléphone à appeler pour obtenir de plus amples informations²¹³ ». De même, des autorisations supplémentaires peuvent être requises des autorités de « tutelle » du fichier. Ainsi, à propos du traitement de l'INED sur le devenir des enfants naturels²¹⁴, la CNIL a subordonné la collecte à l'autorisation du procureur de la République compétent pour les communes retenues pour la conduite de l'étude.

125. **Projet de loi.** Le principe d'extension de finalité est consacré à l'article 2 du projet de loi n° 762, instaurant un article 6.2° nouveau, et qui dispose que les données à caractère personnel « sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV et à la section I du chapitre V et s'il n'est pas utilisé pour prendre des

²⁰⁷ CNIL, Dix ans d'informatique et libertés, Economica, 1988, p. 37

²⁰⁸ L'utilisation de fichiers administratifs comme bases de sondages permet, par exemple, au chercheur de bénéficier de la technique de l'échantillon aléatoire.

²⁰⁹ CNIL, 3° rapport 1982, Doc. fr. 1982, p. 148

²¹⁰ CNIL, 3° rapport 1982, op. cit. p. 148

²¹¹ CNIL, Délibération n° 98-080 du 8 sept. 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 156

²¹² Les personnes sont sélectionnées de manière aléatoire dans les départements jugés les plus représentatifs du point de vue économique et social

²¹³ CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 157

²¹⁴ CNIL, Délibération n° 96-092 du 22 oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 318

décisions à l'égard des personnes concernées ». Ce principe se combine avec les dispositions relatives à la durée de conservation des données, lesquelles ne peuvent être conservées au delà de la durée initialement prévue qu'en vue d'être traitées à des fins historiques, statistiques ou scientifiques²¹⁵. Reste à savoir si le niveau de garanties appropriées qu'exigeait la CNIL sera maintenu avec le futur texte.

En outre, l'article 5 du projet de loi instaure un article 32 nouveau qui exonère de l'obligation d'information certains traitements de recherche. Aux termes de l'article 32. II, al. 1 : « Lorsque les données n'ont pas été recueillies auprès de la personne concernée, le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à cette dernière les informations énumérées au I dès l'enregistrement des données, ou, si une communication des données à des tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication des données.

Toutefois l'alinéa 2 de cet article 32. II. indique que « Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas aux traitements nécessaires à la conservation de données à caractère personnel à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, dans les conditions prévues par la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, lorsque ces données à caractère personnel ont été initialement recueillies pour un autre objet. Ces dispositions ne s'appliquent pas non plus lorsque la personne concernée est déjà informée ou quand son information se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche » .

2.2 Collecte de « traces » informatiques

126. **Traçage électronique.** Dès son rapport d'activité 1996, la CNIL s'inquiétait de ce que la « mémoire d'Internet » devenait le « monde des traces invisibles qui défient les principes de la protection des données²¹⁶ ». Le « traçage électronique²¹⁷ » commence avec les données résultant de l'utilisation des protocoles de communication permettant la communication entre ordinateurs sur l'internet. L'internaute, par sa navigation, laisse inévitablement des traces telles que son adresse IP, la marque du navigateur, son identité d'abonné, l'heure de début et de fin de connexion, les sites visités etc. Il se poursuit au moyen des cookies. Le serveur inscrit des marques ou « cookies²¹⁸ » sur le disque dur de l'utilisateur qui lui permettent « lors de la prochaine connexion de l'utilisateur à ce serveur, d'identifier une précédente consultation, ainsi que les pages consultées²¹⁹ ». Ce marquage se continue lors de tout accès à un site, toute navigation générant, en définitive, une collecte considérable de données personnelles.

Il importe donc d'appeler l'attention des élèves sur leur plus grande vulnérabilité du fait de l'utilisation de l'internet, générateur de traces invisibles comme de traces visibles, phénomène dont ils ont plus ou moins conscience. Dans le secteur de l'enseignement et de la recherche, deux hypothèses doivent être particulièrement prises en compte : la collecte des adresses électroniques (a) et la capture de données dans les forums de discussion (b).

a) Collecte d'adresses électroniques

127. L'exemple de la collecte de « méls » étudiants a été donnée par la déclaration de traitement automatisé souscrite auprès de la CNIL par la société « Individual Services by Networks », à propos d'un traitement automatisé d'adresses électroniques visant à prospecter des étudiants de grandes écoles. La société « ISN » s'est engagée « à ne collecter que les méls des étudiants, à l'exclusion de toute autre information, et uniquement auprès des sites des grandes écoles qui n'afficheraient pas leur volonté d'interdire une telle pratique²²⁰ ». Par ailleurs, les étudiants sont « informés, dès le premier message électronique, de sollicitation commerciale de leur droit de demander la suppression de leurs données du fichier constitué et des modalités d'exercice de ce droit²²¹ ».

128. **Loyauté de la collecte.** La CNIL a rappelé à la société que la délivrance du récépissé de déclaration ne l'exonérait d'aucune de ses responsabilités. Elle a surtout appelé son attention sur le fait que « l'absence de mentions d'interdiction de collecte sur des sites ne suffit pas à assurer le caractère licite et loyal de la collecte des méls ». La CNIL recommande, en effet, à tous les sites d'indiquer clairement aux tiers « qu'une donnée diffusée sur Internet, dans un annuaire ou un espace de

²¹⁵ infra n° 157

²¹⁶ CNIL, 17° rapport d'activité 1996, Doc. fr. 1997, p. 67

²¹⁷ V. V.-L. Benabou, « Vie privée sur internet : le traçage électronique », in Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC, op. cit. pp. 85-97

²¹⁸ Sur le caractère nominatif des données collectées par le cookie, V. J. Frayssinet, Lamy juill. 2000, op. cit. p. 6

²¹⁹ CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 67 ; V. CNIL, « Vos traces sur Internet », sur le site de la CNIL : www.cnil.fr

²²⁰ CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 93

²²¹ ibid

discussion, ne peut pas être utilisée à d'autres fins que celles qui ont justifié sa diffusion, sauf à s'assurer préalablement du consentement de la personne concernée²²² ». La commission s'interroge, enfin, sur le point de savoir « s'il ne conviendrait pas de s'accorder sur une interdiction pure et simple de l'utilisation à des fins de prospection commerciale de méls collectés à partir de forums de discussion non commerciaux, seule solution propre à leur restituer leur véritable nature de lieu d'échange et de liberté²²³ ».

129. **Adresse électronique.** Le ministère de l'Education nationale a, par ailleurs, mené une expérimentation²²⁴ dans trois académies (Créteil, Rennes, Rouen) aux fins d'octroyer à 1000 élèves une adresse électronique, dans le cadre d'une convention signée avec la Poste en novembre 2000. L'ouverture de chaque adresse (prénom.nom@laposte.net) est effectuée dans le cadre de l'établissement scolaire et après le recueil de l'accord des parents. La boîte aux lettres électronique est « neutre commercialement ». Cela signifie qu'aucune bannière publicitaire n'y figure et qu'aucune utilisation commerciale ne peut être faite des adresses électroniques fournies²²⁵.

b) Capture de données dans les forums de discussion

130. La CNIL a également vu son attention appelée sur la question de la capture, à l'insu des intéressés et principalement à des fins de prospection commerciale, de données figurant dans les forums de discussion. Elle recommande, à cet égard, que les responsables de sites affichent à la page d'accueil des espaces de discussion, « une mention avertissant que le forum est destiné à recueillir des contributions aux thèmes de discussion proposés et que les données qui y figurent ne peuvent être collectées ou utilisées à d'autres fins²²⁶ ».

B. Le recueil du consentement des personnes concernées

L'expression du consentement de la personne concernée varie selon que les données collectées sont sensibles ou non. Au consentement exprès (2) requis pour les données sensibles, se substitue une simple faculté d'opposition pour les autres données (1). Une difficulté particulière se présente pour les mineurs (3).

1. Faculté d'opposition

131. Aux termes de l'article 26 de la loi de 1978, « toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement. Ce droit ne s'applique pas aux traitements limitativement désignés dans l'acte réglementaire prévu à l'article 15 ». Cette faculté d'opposition s'exerce tant à l'encontre des traitements de gestion (1.1) que des traitements de recherche (1.2).

1.1. Traitements de gestion

132. La faculté d'opposition de la personne concernée, sous réserve de motifs légitimes, est la règle, dès lors que l'on n'est pas en présence de données sensibles qui appelleraient un consentement exprès ou, à l'inverse, dès lors que l'acte réglementaire de création du traitement ne l'a pas expressément exclue. Elle a vocation à s'appliquer à bon nombre de traitements de gestion du secteur de l'enseignement et de la recherche.

133. **Traitement CARTECOLE.** Ainsi, à l'égard du traitement « CARTECOLE » mis en place par la DASCO de la mairie de Paris et consistant en l'utilisation d'une carte à puce par les enfants comme moyen d'identification et de paiement de la restauration, des centres de loisirs, des études surveillées et des garderies, la CNIL a considéré que « les parents concernés

²²² CNIL, 19^e rapport 1998, op. cit. p. 94

²²³ CNIL, 19^e rapport 1998, op. cit. p. 95

²²⁴ V. aussi, le document de réflexion conçu par F. Abram et P. Trudel, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, « Implantation de services de courriels dans les écoles - Exigences à satisfaire afin d'assurer la protection des droits des personnes et le partage des responsabilités », octobre 2000.

²²⁵ V. CNIL, Rapport Alvergnet, « Internet et la collecte de données personnelles auprès des mineurs », 12 juin 2001, p. 29

²²⁶ CNIL, 19^e rapport 1998, op. cit. p. 95

peuvent refuser l'utilisation de la carte par leurs enfants²²⁷ ». De même, pour le système de contrôle d'accès au restaurant d'un collège, par reconnaissance du contour de la main, la CNIL a pris acte de ce que les personnes concernées qui ne sont pas désireuses d'utiliser la technologie biométrique seront dotées d'une carte à code barre pour accéder au restaurant scolaire²²⁸.

1.2. Traitements de recherche

134. Pour les traitements de recherche, et notamment de recherches statistiques, la faculté d'opposition est fonction du caractère obligatoire ou facultatif de l'enquête. Le caractère obligatoire des réponses est généralement conféré aux enquêtes de l'INSEE²²⁹. S'agissant des autres études, la CNIL s'attache, le plus souvent, à relever le caractère facultatif²³⁰ de l'enquête, ce qui signifie bien évidemment que les personnes ne sont nullement tenues de s'y prêter, et que par voie de conséquence, l'absence de réponse entraîne l'absence de traitement automatisé.

135. **Traitement du CREDOC.** Ainsi, à propos de l'enquête du CREDOC sur l'exclusion bancaire, il est précisé « qu'avant toute transmission au CREDOC la Banque de France adresserait aux intéressés un courrier les informant de la réalisation de l'enquête confiée au CREDOC, et de son caractère facultatif, accompagné d'un coupon-réponse à renvoyer au moyen d'une « lettre T » (...); qu'en outre le CREDOC s'engage à adresser à chacune des personnes dont les coordonnées lui auraient été transmises, et avant d'entamer les opérations d'enquête, un courrier rappelant les thèmes de l'enquête projetée, réitérant l'avertissement portant sur la possibilité de refuser d'y participer et indiquant le nom d'un interlocuteur, ainsi qu'un numéro de téléphone à appeler pour obtenir de plus amples informations; qu'il est assuré que les personnes concernées pourront encore refuser de participer à cette enquête lorsqu'elles seront contactées par l'enquêteur du CREDOC²³¹ ».

136. **Refus sélectif.** Il semble cependant que ne soit pas envisagée, sauf de manière exceptionnelle, le refus sélectif de réponses, comme dans l'enquête de l'INSEE sur les intentions de fécondité où il est précisé par la CNIL que « cette enquête aura un caractère facultatif; que de surcroît, les personnes disposeront de la faculté de ne pas répondre à certaines questions touchant directement à l'intimité de leur vie privée²³² ».

2. Consentement exprès

137. **Données sensibles.** Aux termes de l'article 31 al.1 de la loi de 1978, « Il est interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes (...). L'accord exprès est également requis à l'article 40-4 de la loi de 1978, pour les traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et nécessitant le recueil de prélèvements biologiques identifiants. Le recueil du consentement est donc la règle (2.1) mais il souffre toutefois une possibilité de dérogation (2.2).

2.1. Recueil du consentement

²²⁷ CNIL, Délibération n° 97-033 du 6 mai 1997 : CNIL, 18° rapport 1997, op. cit. p. 167

²²⁸ CNIL, Délibération n° 02-070 du 15 oct. 2002 : CNIL, 23° rapport 2002, p. 167

²²⁹ CNIL, Délibération n° 96-110 du 17 déc. 1996 portant avis sur la mise en oeuvre, par l'INSEE, d'un traitement automatisé en vue d'effectuer la répétition générale des opérations du prochain recensement général de la population : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 339, « considérant que l'enquête aura un caractère obligatoire » ; V. aussi, CNIL, Délibération n° 96-088 du 8 octobre 1996 portant avis sur la mise en oeuvre, par l'INSEE, d'un traitement automatisé ayant pour objet la conduite d'une enquête permanente sur les conditions de vie des ménages : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 332, « considérant que le questionnaire soumis à l'avis de la CNIL concerne la partie variable et qu'il revêt un caractère obligatoire ».

²³⁰ V. CNIL, Délibération n° 98-061 du 16 juin 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, p. 150, « considérant que l'enquête n'a aucun caractère obligatoire » ; V. aussi, CNIL, Délibération n° 98-077 du 7 juill. 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 154, « considérant que cette enquête aura un caractère facultatif ».

²³¹ CNIL, Délibération n° 98-080 du 8 sept. 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 156 et 157; V. aussi, CNIL, Délibération n° 96-082 du 1° oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 325, « considérant que les personnes interrogées seront informées par lettre circulaire un mois avant le démarrage de la collecte, du caractère facultatif des réponses et du but poursuivi par cette opération ».

²³² CNIL, Délibération n° 98-077 du 7 juill. 1998, 19° rapport 1998, op. cit. p. 154

138. **Accord écrit.** La question du recueil du consentement exprès de la personne concernée a principalement été débattue avec les fichiers de recherche épidémiologique²³³ sur le SIDA, à la fin des années 1980. Or les données relatives à la santé²³⁴ ne figurent pas dans l'énumération de l'article 31. Pourtant l'article 6 de la Convention 108 les mentionne parmi les catégories particulières de données qui ne peuvent pas être traitées automatiquement, « à moins que le droit interne ne prévoise des garanties appropriées ». Aussi, la concertation entre médecins, chercheurs, associations de malades, Comité national d'Éthique, Conseil de l'ordre des médecins avait abouti à la solution selon laquelle le recueil de l'accord écrit du malade était indispensable et contribuait à garantir sa confiance.

139. **Traitement DM12.** Cette question a, de nouveau, été discutée en 1996, à propos du traitement automatisé des dossiers médicaux des patients atteints par le VIH, dénommé « DM12 ». La CNIL a confirmé cette position, considérant que « seul ce dispositif d'information peut permettre aux patients d'être pleinement avertis des modalités d'utilisation des données à caractère personnel les concernant et d'exercer, en conséquence, librement et en parfaite connaissance de cause, les droits qui leur sont reconnus au titre de la loi du 6 janvier 1978²³⁵ ».

2.2. Motifs d'intérêt public pour déroger à cette exigence

140. **Décret dérogatoire.** Aux termes de l'article 31 al. 3 de la loi de 1978, « pour des motifs d'intérêt public, il peut aussi être fait exception à l'interdiction ci-dessus sur proposition ou avis conforme de la commission par décret en Conseil d'Etat ». Il a été fait application de cette disposition à l'occasion du traitement « SCOLARITÉ » et à propos du statut particulier des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. L'enseignement religieux y étant une matière obligatoire, les établissements scolaires doivent pouvoir gérer les élèves inscrits aux cours d'enseignement religieux ainsi que les dispenses.

Enseignement religieux. Le ministère faisait valoir que « faute de pouvoir intégrer l'enseignement religieux dans le traitement, les établissements seraient obligés de traiter cette information manuellement, que la formule du consentement aboutirait au même résultat et qu'il était préférable d'instituer une procédure homogène plutôt que de laisser se développer des solutions locales qui, n'étant pas contrôlées, risqueraient de porter atteinte aux libertés individuelles²³⁶ ». La CNIL a émis un avis favorable sur le projet de décret dérogatoire²³⁷.

3. Recueil des données de mineurs

141. **Représentant légal.** Le recueil des données (coordonnées, photographies ...) de mineurs doit, bien entendu, se faire avec l'accord avec de leur représentant légal. Cela ne suppose pas de disposition particulière sous le régime de la simple faculté d'opposition, sauf à s'assurer que l'information est bien parvenue au représentant légal ! Quand, il s'agit, en revanche, de données nécessitant l'accord exprès de la personne concernée, il convient de recueillir l'accord exprès du représentant légal²³⁸, c'est-à-dire, du père ou de la mère, titulaire de l'autorité parentale, voire du tuteur²³⁹.

142. **Recommandation de la CNIL.** Ainsi, la CNIL précise-t-elle dans sa recommandation de 1985 relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation²⁴⁰, que « la conservation ou la mise en mémoire des informations à caractère racial, politique, philosophique, religieux ou syndical est interdite, sauf accord écrit de l'intéressé lui-même, lorsque celui-ci est majeur ou émancipé, ou de son représentant légal ». Elle considère, par ailleurs, que « les réponses aux questions concernant l'appartenance à une association de parents d'élèves

²³³ V. notamment, sous la direction de I. de Lamberterie et H.-J. Lucas, Informatique, libertés et recherche médicale, CNRS Droit, 2001

²³⁴ supra n° 84

²³⁵ CNIL, Délibération n° 96-055 du 18 juin 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 312

²³⁶ CNIL, 14° rapport 1993, op. cit. p. 119

²³⁷ CNIL, Délibération n° 93-074 du 7 sept. 1993 : CNIL, 14° rapport 1993, op. cit. p. 120

²³⁸ V. à propos de personnes séjournant en institutions dites « HID », la délibération CNIL n° 98-061 du 16 juin 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 150, « considérant que le recueil des données se fera directement auprès de la personne concernée ; que lorsque la personne sera dans l'impossibilité de répondre, les informations seront obtenues en présence ou avec l'accord de son représentant légal ».

²³⁹ V. le rapport CNIL présenté le 12 juin 2001 par C. Alvergnat, « Internet et la collecte de données personnelles auprès des mineurs »

²⁴⁰ V. CNIL, Délibération n° 85-050 du 22 oct. 1985 portant recommandation relative aux modalités de collecte d'informations nominatives en milieu scolaire et dans l'ensemble du système de formation, JO 17 nov. 1985

sont susceptibles de faire apparaître les opinions politique, religieuse ou syndicale des intéressés » et qu'à ce titre « leur recueil est subordonné à l'accord écrit de ceux-ci ». La Commission précise, enfin, que « les informations susceptibles de porter atteinte à la vie privée des élèves ou de leurs familles, en particulier celles relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne doivent être recueillies qu'avec l'accord écrit des intéressés ».

IV. Les conditions de traitement des données

Les traitements de données dans l'enseignement et la recherche doivent s'effectuer dans le respect du principe de finalité (A) des traitements, avec le souci d'une limitation de la durée des traitements (B) ainsi que des impératifs de sécurité (D).

A. Le principe de finalité du traitement

143. Le principe de finalité postule le caractère adéquat, pertinent et non excessif des données collectées par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. Il appartient donc aux initiateurs des traitements de bien préciser la finalité de leurs applications (1), de vérifier le respect du principe de proportionnalité (2), de mesurer la pertinence des données collectées (3) et enfin d'appliquer strictement le principe de séparation fonctionnelle, en matière de recherche (4).

1. Précision de la finalité

144. **Caractéristiques du traitement.** L'exposé de la finalité des traitements s'effectue lors de la déclaration ou de la demande d'avis présentée à la CNIL. Aux termes de l'article 19 de la loi de 1978, le maître du fichier doit notamment préciser les caractéristiques du traitement, sachant que les données doivent être enregistrées pour des finalités déterminées et ne doivent pas être utilisées de manière incompatible avec ces finalités²⁴¹. Toute transformation de la finalité d'un traitement suppose une déclaration ou une demande d'avis modificative auprès de la CNIL²⁴². Saisie, pour le secteur public, de demandes d'avis, la CNIL peut demander des éclaircissements sur la nature du traitement pour en bien comprendre l'objet. Elle est susceptible de proposer des aménagements de cette finalité dans des conditions qui garantissent mieux les personnes concernées et atténuent la « dangerosité » potentielle des traitements pour les libertés individuelles.

145. **Traitement APOGEE.** Ainsi, à propos du traitement « APOGEE²⁴³ » (application pour l'organisation et la gestion des enseignements et des étudiants), la CNIL s'était inquiétée du sens assigné aux finalités de « gestion de la pédagogie » et de « mesure de la performance pédagogique » envisagées par les promoteurs du projet. Elle redoutait, en effet, que le traitement « puisse permettre une forme de contrôle du contenu des cours et de la qualité des enseignants²⁴⁴ ». Il lui a été démontré que ces applications avaient pour seul objet de « gérer les difficultés d'organisation des enseignements liés à leur diversité au sein des établissements publics et au maintien de diplômes nationaux²⁴⁵ », ce dont elle a pris acte. Dans ce même traitement, la CNIL a également tenu à préciser, dans son rapport annuel, que sont enregistrées les données relatives à l'interdiction de passer des examens ou à l'exclusion d'un établissement, mais que le système APOGEE n'est pas un traitement national des interdictions telles qu'elles sont définies à l'article 29-3 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 « et qu'il appartient à chaque établissement de suivre dans le Bulletin officiel²⁴⁶ ».

146. **Traitement CARTECOLE.** L'extension de certains traitements à d'autres finalités peut soulever des difficultés. Il en fut ainsi avec le traitement « CARTECOLE » précité, mis en place par la DASCO de la mairie de Paris. Cette expérimentation a consisté à tester l'utilisation d'une carte à puce par les enfants comme moyen d'identification et de paiement de la restauration, des centres de loisirs, des études surveillées et des garderies. En 1997, la CNIL relevait que « si l'accueil réservé à ce système par les parents a été plutôt favorable au début de sa mise en oeuvre, sa systématisation et son extension à une finalité d'appel automatique des enfants, ont en revanche été assez mal ressenties, même par certains directeurs d'écoles²⁴⁷ ». En définitive, la DASCO a décidé de ne pas imposer le système.

²⁴¹ V. CE 30 oct. 2001 : Petites affiches, nov. 2001, n° 218, p. 3, sur la prise en compte de la nationalité en matière de scoring

²⁴² V. cependant les dispositions du futur article 36 du projet de loi n°762 qui prévoit, en son alinéa 3, que « Il peut être procédé à un traitement ayant des finalités autres que celles mentionnées au premier alinéa : soit avec l'accord exprès de la personne concernée, soit avec l'autorisation de la CNIL, soit dans les conditions prévues au 6° du II et au III de l'article 8 s'agissant de données mentionnées au I de ce même article du même article ».

²⁴³ V. CNIL, Délibération n° 94-115 du 20 déc. 1994

²⁴⁴ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 194

²⁴⁵ ibid

²⁴⁶ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 194

²⁴⁷ CNIL, 18° rapport 1997, op. cit. p. 166

Appliquant le principe de proportionnalité (2) et de pertinence (3), la CNIL est également susceptible de refuser ou de suggérer la modification du système de traitement envisagé ou encore de discuter la nature des données dont la collecte est projetée. Il est, à cet égard, primordial de maintenir un dialogue constructif permettant à chacun des protagonistes de se comprendre, voire d'évoluer sur ses positions...

2. Principe de proportionnalité

147. **Proportionnalité.** Une fois étudiée la finalité du système, la CNIL vérifie le respect du principe de proportionnalité entre les moyens technologiques mis en œuvre et l'objectif poursuivi. Elle s'est ainsi opposée à la collecte des empreintes digitales des élèves et du personnel d'un collège aux fins de faciliter leur accès à la cantine scolaire²⁴⁸. Elle a, de même, rejeté, le projet de contrôle d'accès biométrique du personnel, par reconnaissance des empreintes digitales, mis en place par l'Académie de Lille, aux fins de permettre l'accès rapide et sécurisé aux bâtiments de la cité académique²⁴⁹. Elle a estimé, en effet, que la finalité d'assurer la fluidité de l'entrée du personnel "ne paraissait pas justifier dans sa généralité, la constitution d'une base de données d'empreintes digitales de l'ensemble du personnel de la cité académique".

Mais la commission a admis la mise en place d'un système de contrôle biométrique pour sécuriser l'accès à l'imprimerie des sujets d'examens, aux salles fortes, aux coffres et salles d'archives, en vertu de la nécessité de préserver la "confidentialité des examens et concours". Il est clair que le recours à des procédés de biométrie doit être limité à ce qui est réellement indispensable, sachant que « la plupart des autres techniques présentent moins de potentialités dans la pluralité des utilisations²⁵⁰ ... ». Doit, en effet, s'opérer une appréciation de la proportionnalité des moyens techniques mis en oeuvre, et de leur dangerosité potentielle, au regard de la finalité du traitement !

3. Principe de pertinence

148. **Pertinence.** C'est au regard de la finalité déclarée d'un traitement que doit être appréciée la pertinence des données collectées. L'évaluation de cette pertinence des données enregistrées par rapport à la nature du traitement envisagé peut s'avérer délicate. Ainsi, la diffusion, sur un site d'école, des travaux des élèves, ne nécessite pas la mention de leur nom. Leur prénom, voire le prénom et l'initiale du nom suffisent.

Il s'agit souvent d'opérer un arbitrage entre des intérêts antagonistes - comme l'efficacité de projets de gestion (3.1) ou de recherche (3.2) et la prévention de toute pratique discriminatoire - pour arriver au compromis le plus satisfaisant.

3.1 Traitements de gestion

149. **Données strictement nécessaires.** Dans les traitements de gestion, les promoteurs des applications n'ont parfois pas conscience, et ce, en toute bonne foi, de l'atteinte possible aux libertés et à la vie privée. Ils n'imaginent certes pas un dévoiement du système par des personnes mal intentionnées. Il importe surtout d'appeler leur attention sur l'importance de limiter la collecte aux données strictement nécessaires, afin, tout simplement, de ne pas stocker de données inutiles. L'on vérifiera, par exemple, que la date de naissance de l'individu, donnée extrêmement identifiante, est indispensable au fonctionnement de l'application quand la seule mention du mois et de l'année, voire de l'année seulement, suffirait.

150. **Traitement SCOLARITE.** La CNIL a, par exemple, autorisé la modification du traitement « SCOLARITÉ », consistant à intégrer dans la base élèves académique (BEA) les informations relatives à l'adresse et à la commune de résidence de l'élève et de son responsable, provenant de la base élèves établissement (BEE). Elle estime que la remontée de cette information est pertinente au regard de la finalité du traitement. Ces informations doivent permettre, en effet, de réaliser

²⁴⁸ V. CNIL, Délibération n° 00-015 du 21 mars 2000 sur l'accès à la cantine scolaire par la reconnaissance des empreintes digitales

²⁴⁹ supra n° 81

²⁵⁰ P. Leclercq, préc.

des études statistiques sur les migrations des élèves et les déplacements domicile-école en vue de l'élaboration de la carte scolaire, ainsi que des enquêtes locales²⁵¹.

3.1 Traitements de recherche

151. **Risque de tutorat méthodologique.** L'évaluation de la pertinence des données pose surtout des difficultés dans le secteur de la recherche scientifique. Les chercheurs vivent parfois ce contrôle comme un procès d'intention qui leur est fait, suspicion qui affecterait en définitive la crédibilité même de leur recherche. Ils se plaignent du tutorat méthodologique qu'exercerait ainsi la CNIL, en dictant la nature des données à collecter (et surtout de celles à proscrire de la collecte) et ce, en toute méconnaissance des contingences scientifiques. Ils redoutent que de telles « censures » n'en viennent à diminuer leur efficacité et à fausser les résultats mêmes de la recherche.

152. **Comité consultatif.** Là encore, plus que jamais, le dialogue est nécessaire entre l'autorité de contrôle et les responsables de traitement, afin de trouver les garanties les plus appropriées. On notera, à cet égard le rôle joué, le cas échéant, par les avis d'experts auxquels le recours est prévu par loi, dans certains secteurs²⁵². Pour les traitements de données ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, un Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé est institué auprès du ministère de la recherche. Aux termes de l'article 40-2 de la loi de 1978, il émet un avis sur « la méthodologie de la recherche au regard des dispositions de la présente loi, la nécessité du recours à des données nominatives et la pertinence de celles-ci par rapport à l'objectif de la recherche, préalablement à la saisine de la CNIL ».

153. **Recherche médicale.** La CNIL a, par exemple, été saisie de réclamations relatives à la diffusion par un institut de recherche médicale, lors du recrutement de « volontaires sains » en vue de recherches biomédicales, d'un questionnaire comportant, sous la rubrique « sexualité » une question « sur l'éventuelle homosexualité qui semblait constituer un critère d'exclusion²⁵³ ». Elle a demandé à l'organisme de modifier cette rubrique dans la mesure où, non seulement cette donnée relative aux mœurs est sensible et sa collecte interdite sauf accord de l'intéressé, mais aussi dans la mesure où « cette information ne paraît pas, en première analyse, justifiée pour présupposer de la santé d'un individu et de sa capacité à figurer dans un fichier de volontaires sains²⁵⁴ ». Le questionnaire modifié comporte désormais la mention « pratiques à risque non protégées ».

4. Principe de séparation fonctionnelle

155. **Séparation fonctionnelle.** A l'occasion d'études nécessitant la collecte conjointe de données issues de fichiers administratifs et d'entretiens effectués auprès des personnes, la CNIL a été amenée à affiner le principe de la "séparation fonctionnelle" des traitements. Ce principe postule que « les données à caractère personnel recueillies pour la recherche ne doivent pas être utilisées à d'autres fins » et qu'en particulier, « elles ne doivent pas être utilisées pour prendre des décisions ou des mesures qui affectent directement la personne concernée, sauf dans le cadre de la recherche ou avec le consentement exprès de la personne concernée²⁵⁵ ».

156. Selon la commission, ce principe « garantit les intéressés contre le risque que, sous couvert de recherche, d'autres buts ne soient poursuivis » et « apporte aux chercheurs la sincérité et la qualité des données recueillies²⁵⁶ ». Toutefois, pour la CNIL, l'application de ce principe ne doit pas « faire échec, dans certains domaines, souvent expérimentaux, à des

²⁵¹ CNIL, Délibération n° 02-069 du 15 oct. 2002 : CNIL, 23° rapport 2002, Doc. fr. 2003, p. 183

²⁵² V. en matière statistique, les avis du CNIS, par exemple dans la délibération CNIL n° 96-088 du 8 oct. 1996 portant avis sur la mise en oeuvre, par l'INSEE, d'un traitement automatisé ayant pour objet la conduite d'une enquête permanente sur les conditions de vie des ménages : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 332

²⁵³ CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 313

²⁵⁴ ibid

²⁵⁵ V. art. 4.1 de l'annexe à la Recommandation n° R (83) 10 du 23 sept. 1983 du Conseil de l'Europe relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de recherche scientifique et de statistiques

²⁵⁶ V. CNIL, 3° rapport 1982, op. cit. p. 149

recherches liées à l'action²⁵⁷ ». La CNIL songe aux recherches menées en matière pédagogique, pour lesquelles, selon elle, le consentement des intéressés devrait alors être sollicité.

B. La durée du traitement

157. **Droit à l'oubli.** Au droit à l'oubli dont est porteur le dispositif général de protection des données personnelles font écho des règles spécifiques pour les traitements de recherche. Ainsi, aux termes de l'article 28 modifié de la loi de 1978 :

« I. Au delà de la durée nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées, les informations ne peuvent être conservées sous une forme nominative, qu'en vue de leur traitement à des fins historiques, statistiques ou scientifiques. Le choix des informations qui seront ainsi conservées est opéré dans les conditions prévues à l'article 4-1 de la loi n°79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

II. Les informations ainsi conservées, autres que celles visées à l'article 31, ne peuvent faire l'objet d'un traitement à d'autres fins qu'à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, à moins que ce traitement n'ait reçu l'accord exprès des intéressés ou ne soit autorisé par la commission dans l'intérêt des personnes concernées.

Lorsque ces informations comportent des données mentionnées à l'article 31, un tel traitement ne peut être mis en oeuvre, à moins qu'il n'ait reçu l'accord exprès des intéressés, ou qu'il n'ait été autorisé, pour des motifs d'intérêt public et dans l'intérêt des personnes concernées, par décret en Conseil d'Etat sur proposition ou avis conforme de la commission ».

158. **Projet de loi.** Le projet de loi n° 762 comprend un futur article 36 al. 1 qui dispose que « Les données à caractère personnel ne peuvent être conservées au delà de la durée prévue au 5° de l'article 6 qu'en vue d'être traitées à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ; le choix des données ainsi conservées est opéré dans les conditions prévues à l'article 4-1 de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 précitée ».

159. **Traitement SCOLARITE.** La durée de conservation des données nominatives traitées doit être précisée dans la demande d'avis ou la déclaration. Et ce point est toujours examiné par la CNIL. Ainsi, à propos du traitement « SCOLARITÉ », la CNIL prend acte de ce que « ... ces données seront conservées deux ans (...) », en relevant que « ce délai permet de gérer l'année en cours et de préparer l'année scolaire suivante²⁵⁸ ». Dans une délibération portant sur une modification du traitement, elle autorise les services statistiques des rectorats et la direction de la programmation et du développement à conserver les données pendant une durée n'excédant pas dix ans à compter de la date de leur recueil, estimant ce délai pertinent au regard de la finalité poursuivie. Cette durée de conservation est justifiée, selon la CNIL, par « la nécessité d'évaluer à moyen et long terme les politiques éducatives mises en oeuvre²⁵⁹ », travaux s'inscrivant dans le cadre de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques.

160. **Traitement APOGEE.** De même, à propos du traitement « APOGÉE », dans lequel la durée de conservation des données sur support automatisé est laissée à l'appréciation de chaque établissement, la CNIL relève qu'elle doit être suffisante pour assurer le suivi administratif et pédagogique de la scolarité des étudiants mais recommande, qu'en tout état de cause, elle n'excède pas dix ans à compter de la dernière inscription²⁶⁰. Enfin, pour le système de contrôle d'accès à un restaurant scolaire, par reconnaissance du contour de la main, la CNIL a autorisé la conservation des données biométriques pendant la durée de l'année scolaire, sachant que lorsqu'une personne quitte l'établissement en cours d'année, celles-ci sont effacées dans la semaine qui suit son départ²⁶¹.

C. La sécurité du traitement

161. **Obligation de sécurité.** La question de la sécurité des traitements automatisés n'est, là encore, pas propre au secteur de l'enseignement et de la recherche. Elle parcourt tout l'édifice de protection des données personnelles. Aux termes de l'article 29 de la loi de 1978, "toute personne ordonnant ou effectuant un traitement d'informations nominatives s'engage, de ce fait, vis à vis des personnes concernées, à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés". La CNIL

²⁵⁷ CNIL, 3° rapport 1982, op. cit. p. 150

²⁵⁸ CNIL, Délibération n° 92-130 du 24 nov. 1992 : CNIL, 13° rapport 1992, op. cit. p. 155

²⁵⁹ CNIL, Délibération n° 02-069 du 15 oct. 2002 : CNIL, 23° rapport 2002, Doc. fr. 2003, p. 183

²⁶⁰ CNIL, Délibération n° 94-115 du 20 déc. 1994 portant avis concernant la mise en oeuvre d'un système automatisé d'informations nominatives dénommé « APOGEE » par les établissements public d'Enseignement supérieur relevant du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche : CNIL, 15° rapport 1994, p. 196

²⁶¹ CNIL, Délibération n° 02-070 du 15 oct. 2002: CNIL, 23 ° rapport 2002, p. 167

recommande, à juste titre, aux responsables des traitements de « prendre en compte ces problèmes dès la conception des systèmes, de faire un effort d'information auprès de tous les personnels concernés²⁶² et de tenir un livre de bord de la sécurité²⁶³ ». Elle demande souvent au déclarant la fourniture de la charte de sécurité du système.

162. **Vigilance.** Les maîtres de fichiers sont surtout confrontés à des problèmes de sensibilisation des personnes à ces impératifs de sécurité. Ils sont nécessairement voués à la constante vigilance... et parfois rappelés à l'ordre ! Ainsi, à la suite d'une plainte des établissements privés hors contrat, à propos des modalités d'inscription de leurs élèves à l'épreuve anticipée de français au baccalauréat, la CNIL a demandé au ministère de l'Éducation nationale la mise en place d'un mot de passe confidentiel pour accéder au système²⁶⁴. L'on ne saurait qu'encourager toute initiative novatrice en la matière, notamment à destination du public « jeune » de l'enseignement et de la recherche, comme la mise en place, à l'occasion du traitement « Lycéoduc²⁶⁵ », d'une « mini-CNIL » ou « CLIL » (Commission locale de l'informatique et des libertés) au sein du lycée pour réfléchir aux questions liées à la sécurité et à la confidentialité des données.

163. **Mesures de sécurité.** Au plan technique les exemples fourmillent de dispositifs de sécurité. L'on mentionnera, pour mémoire, les dispositions prises en matière de traitements de recherche. A propos d'une enquête réalisée par l'Institut Louis Harris sur le comportement des consommateurs face aux préservatifs, la CNIL a pris acte de l'engagement de l'institut :

- « à supprimer les données nominatives concernant les personnes non retenues dans l'enquête dès l'envoi des lettres de remerciement qui, de surcroît, seront modifiées de façon à les informer de cette suppression ;
- à supprimer les données nominatives concernant les personnes retenues dans l'enquête, dès que celle-ci sera terminée, soit dans un délai maximal de deux mois à compter de la date d'envoi du premier questionnaire²⁶⁶ ».

De même, à propos d'une enquête sur les interdits de chèquiers et à une demande d'avis présentée par le CREDOC portant sur les traitements statistiques des réponses, la CNIL relève que : « le CREDOC a prévu de détruire le fichier de la base de sondage dans les dix jours suivant la fin de recueil des informations, ainsi que l'ensemble des questionnaires sur support papier qui seront remplis lors des entretiens²⁶⁷ ».

²⁶² V. par exemple, La lettre « Sécurité informatique » diffusée par le CNRS

²⁶³ CNIL, Dix ans d'Informatique et Libertés, Economica 1988, p. 50

²⁶⁴ CNIL, 13^e rapport 1992, op. cit. p. 153

²⁶⁵ CNIL, 14^e rapport 1993, op. cit. p. 115

²⁶⁶ CNIL, Délibération n° 96-035 du 16 avril 1996 : CNIL, 17^e rapport 1996, op. cit. p. 314

²⁶⁷ CNIL, Délibération n° 98-080 du 8 septembre 1998 : CNIL, 19^e rapport 1998, op. cit. p. 157

V. Le droit d'accès des personnes concernées

164. Aux termes de l'article 34 de la loi de 1978, « Toute personne justifiant de son identité a le droit d'interroger les services ou organismes chargés de mettre en oeuvre les traitements automatisés dont la liste est accessible au public en application de l'article 22 ci-dessus en vue de savoir si ces traitements portent sur des informations nominatives la concernant et, le cas échéant, d'en obtenir communication ».

165. **Interlocuteurs.** Les délibérations de la CNIL précisent toujours la portée du droit d'accès dans un sens favorable à la personne. Ainsi, dans le traitement « SCOLARITÉ », est-il prévu que le droit d'accès s'exercera auprès du « chef d'établissement dans lequel l'élève sera scolarisé²⁶⁸ », et « qu'il pourra également s'exercer auprès du rectorat auquel l'établissement de scolarisation de l'élève est rattaché », précision faite « qu'il appartient à chaque recteur de définir une procédure facilitant l'exercice de ce droit ». De même, dans le traitement « APOGEE », est-il indiqué que le droit d'accès « s'exerce auprès du chef d'établissement dans lequel l'étudiant est inscrit²⁶⁹ ».

166. **Traitements de recherche.** Pour les traitements de recherche, le droit d'accès s'exerce auprès de l'organisme ayant initié la recherche. Ainsi, à propos du traitement de l'INSEE, de répétition générale d'opérations de recensement général de la population, la CNIL prend acte que « les personnes interrogées pourront exercer le droit d'accès qui leur est reconnu par la loi du 6 janvier 1978, auprès de la direction générale de l'INSEE²⁷⁰ ». A propos d'une étude initiée par la direction de l'évaluation et de la prospective – DEP - du MENRT, la CNIL prend acte que « le CEREQ sera le seul destinataire des données » et que « le droit d'accès s'exercera auprès de la DEP²⁷¹ ».

167. **Droit d'accès temporaire.** L'exercice du droit d'accès peut s'avérer temporaire quand les données sont, à court terme, détruites. Ainsi, à propos d'un traitement de l'INED sur le devenir des enfants naturels, la CNIL prend acte que « les données nominatives seront anonymisées dans les deux mois suivant la fin de la collecte ». Il en résulte logiquement que le droit d'accès pourra être exercé auprès de l'INED, « pendant deux mois à l'issue de la collecte²⁷² ».

168. **Droit de rectification.** Aux termes de l'article 36 al.1 de la loi de 1978, « le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexacts, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite ». C'est sur le fondement de cet article que le Conseil d'Etat a enjoint au recteur de l'académie de Paris de rectifier les informations nominatives concernant un lycéen dans le fichier « RAVEL » (recensement automatisé des vœux des élèves, candidats au baccalauréat et à une inscription en première année d'enseignement supérieur de la région Ile de France). Le Conseil d'Etat avait été saisi d'un recours contre une décision de refus de rectification du fichier « RAVEL ». Le requérant s'était plaint de ce que le code postal de son domicile, tel qu'il l'avait lui-même enregistré dans le système « RAVEL », avait été modifié par les services du rectorat postérieurement à cet enregistrement et en sollicitait la rectification. Le recteur s'était abstenu de procéder à la rectification et avait fait valoir qu'il avait été donné satisfaction aux vœux d'affectation que le requérant avait formulés. Ce moyen n'a pas été accueilli dès lors que le recteur était tenu de faire droit à la demande en application de l'article 36 de la loi de 1978. En revanche le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'appartenait pas au juge d'enjoindre la production du fichier rectifié « laquelle doit faire l'objet d'une demande de l'intéressé auprès des services chargés de la mise en oeuvre du fichier Ravel²⁷³ ».

²⁶⁸ CNIL, Délibération n° 92-130 du 24 novembre 1992 : CNIL, 13° rapport 1992, op. cit. p. 155

²⁶⁹ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 196

²⁷⁰ CNIL, Délibération n° 96-110 du 17 déc. 1996 portant avis sur la mise en oeuvre, par l'INSEE, d'un traitement automatisé en vue d'effectuer la répétition générale des opérations du prochain recensement général de la population : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 339

²⁷¹ CNIL, Délibération n° 96-083 du 1° oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 326

²⁷² CNIL, Délibération n° 96-092 du 22 oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 319

²⁷³ CE, 20 octobre 1999 : JCP 2000. IV. 1315 ; Petites affiches, déc. 1999, n° 255, p. 19, concl. com. gouv. Schwartz

VI. La diffusion des données

169. La question de la diffusion des données, ou plutôt de la non-diffusion ou de la moindre diffusion des données collectées et traitées, est évidemment cruciale. L'évaluation de la « porosité » des fichiers est un indicateur majeur de l'efficacité des mesures de protection mises en oeuvre. La loi prévoit d'ailleurs des sanctions pénales pour tout manquement à la sécurité informatique et toute communication de données à des tiers non autorisés²⁷⁴. Deux modes de diffusion des données doivent être distingués. Le premier est inhérent au traitement automatisé (A), tandis que le second résulte d'une cession de fichiers (B).

A. La diffusion inhérente au traitement

La diffusion des données inhérente au traitement automatisé suppose de bien identifier les destinataires des données (1), en les distinguant des tiers autorisés (2) et en accordant une vigilance particulière à la diffusion des fichiers sur l'internet (3).

1. Destinataires des traitements

170. **Identification des destinataires.** La stricte identification des destinataires figure parmi les exigences posées à l'article 19 de la loi de 1978 relative au contenu des déclarations et des demandes d'avis. Elle est également mentionnée à l'article 27 relatif à l'information des personnes concernées, laquelle information porte notamment sur les « personnes physiques ou morales destinataires des informations ». L'article 19 dispose que doivent être précisés : « (...) les catégories de personnes qui, à raison de leurs fonctions ou pour les besoins du service, ont directement accès aux informations enregistrées (...) » ainsi que les « (...) destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces informations (...) ».

171. **Indications des normes simplifiées.** Les normes simplifiées précisent, pour chaque application, les destinataires autorisés. Comme le souligne la CNIL, elles indiquent parfois « les données que chaque catégorie de personne est habilitée à recevoir²⁷⁵ ». Ainsi la norme simplifiée n° 29 précitée concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion administrative, comptable et pédagogique des écoles et des établissements d'enseignement secondaire du secteur public et privé, prévoit que les enseignants et l'équipe pédagogique de l'élève concerné ainsi que les jurys d'examens n'ont accès qu'aux « seules informations relatives à la position de l'élève (non-redoublant, redoublant, triplant), aux options choisies et aux notes obtenues par celui-ci ». Toute catégorie de destinataires doit donc être clairement identifiée (1.1) et toute modification de destinataires indiquée à la CNIL (1.2).

1.1. Identification des destinataires

172. La CNIL est parfois amenée à donner son avis sur les destinataires et à en négocier, le cas échéant, la limitation. Elle vérifie, en effet, si la finalité poursuivie par le traitement justifie la communication envisagée. A cet égard, elle déclare être « défavorable à toute communication d'informations entre différents organismes ne poursuivant pas les mêmes finalités²⁷⁶ ».

173. **Traitement SCOLARITE.** A propos du traitement « SCOLARITE²⁷⁷ » précité, elle a précisé les destinataires des données de la base élèves au niveau scolaire (BEE) comme de la base élève au niveau académique (BEA).

Ainsi, sont destinataires des données gérées par l'établissement :

- « le service administratif, le service d'intendance, les enseignants et l'équipe pédagogique de l'établissement ;
- les maires des communes des résidences des élèves pour le contrôle de l'obligation scolaire ;
- les conseillers d'information et d'orientation ;
- les associations de parents d'élèves pour les adresses des parents ou des responsables légaux des élèves ayant autorisé la transmission de cette information ;
- le rectorat ».

Sont destinataires des données gérées par le rectorat :

- « le service statistique rectoral ;

²⁷⁴ V. article 226-17 et 226-22 du Code pénal

²⁷⁵ CNIL, Dix ans d'Informatique et Libertés, Economica 1988, p. 30

²⁷⁶ CNIL, Dix ans d'Informatique et Libertés, Economica 1988, p. 30

²⁷⁷ CNIL, Délibération n° 92-130 du 24 nov. 1992, 13° rapport d'activité 1992, op. cit. p. 157

- les gestionnaires du rectorat ;
- les gestionnaires des inspections académiques ».

174. **Traitement APOGEE.** Dans le traitement « APOGEE²⁷⁸ » précité, « sont destinataires des données gérées par l'établissement dans la limite de leurs attributions respectives, les agents habilités :

- des services de la présidence et du secrétariat général de l'établissement ;
- des services de la scolarité centrale de l'établissement ainsi que des composantes définies par l'article 25 de la loi n°84-52 du 26 janvier 1984 ;
- de l'agence comptable de l'établissement ;
- du centre régional des oeuvres universitaires et scolaires ;
- des rectorats d'académie (service statistique rectoral, chancellerie des universités) ;
- de la direction chargée des travaux d'évaluation, de prospective et de statistique du ministère ;
- des organismes de sécurité sociale et des mutuelles étudiantes ;
- de l'Observatoire de la vie étudiante ».

175. **Traitements de recherche.** La catégorie des destinataires peut être beaucoup plus étroite, selon la sensibilité des informations. Il en est ainsi des traitements de recherche et de statistique. A propos du traitement mis en oeuvre par le CEREQ en vue de la constitution d'un échantillon de jeunes sortant en 1992 des classes de terminales et de l'enseignement supérieur, aux fins de les interroger sur leur parcours professionnel, il a été décidé que « les seuls destinataires des données collectées seront les agents habilités du CEREQ²⁷⁹ ». De même à propos du traitement mis en oeuvre par l'INED pour étudier le devenir des enfants naturels, il a bien été spécifié que « le seul destinataire des données enregistrées sera l'INED²⁸⁰ ».

1.2. Modification des destinataires

176. **Procédure.** Toute modification des destinataires doit être indiquée à la CNIL, en recourant à une nouvelle déclaration, ou, pour les traitements publics, à une nouvelle demande d'avis. La CNIL autorise, le cas échéant, l'extension de la communication des informations à d'autres personnes si cette extension est conforme à la finalité du traitement.

177. **Traitement SAGACES.** Ainsi, la modification du traitement « SAGACES » présentée par le ministère de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie en 1996, a eu pour objet de mentionner, au titre des destinataires, le Centre d'études et de recherches sur les qualifications (CEREQ) et le service statistique de l'administration centrale. La CNIL a émis un avis favorable au motif que « cet ajout trouve son fondement dans l'article 7 bis de la loi du 7 juin 1951 » et que « les données transmises permettront au CEREQ de constituer des échantillons d'étudiants pour procéder à des enquêtes de cheminement entrant dans sa mission statutaire²⁸¹ ».

178. **Traitement SCOLARITE.** De même, la déclaration de modification du traitement « SCOLARITE » présentée par le ministère de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie, en 1997, a eu pour objet d'autoriser les établissements publics d'enseignement du second degré à transmettre, sur support magnétique, à la CAF, des certificats de scolarité concernant les élèves inscrits pour la rentrée de septembre²⁸². La CNIL a émis un avis favorable au projet d'arrêté sous réserve que l'article 1 soit rédigé de la manière suivante : « en vue du règlement de l'allocation de rentrée scolaire pour les élèves âgés de 16 à 18 ans, les CAF sont destinataires des données suivantes : nom, prénom, date de naissance de l'élève, nom et prénom de l'un des parents, commune de résidence ». La CNIL a pris acte que chaque CAF, après qu'elle aura

²⁷⁸ CNIL, Délibération n° 94-115 du 20 déc. 1994 précitée

²⁷⁹ CNIL, Délibération n° 96-080 du 1° oct. 1996 concernant le traitement automatisé mis en oeuvre par le CEREQ en vue de la constitution d'un échantillon de jeunes sortant en 1992 des classes de terminales et de l'enseignement supérieur : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 322

²⁸⁰ CNIL, Délibération n° 96-092 du 22 oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 319 ; V. aussi CNIL, Délibération n° 98- 077 du 7 juill. 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 154, « considérant que l'INSEE sera le seul destinataire des données recueillies ; que l'INED aura accès aux fichiers d'enquêtes qui ne comporteront pas les nom, prénom(s) et adresse de ces personnes »

²⁸¹ CNIL, Délibération n° 96-079 du 1° oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 322

²⁸² CNIL, Délibération n° 97-059 du 8 juill. 1997 portant avis sur la déclaration de modification du traitement « SCOLARITE » présentée par le Ministère de l'Education Nationale, de la Recherche et de la Technologie : CNIL, 18° rapport 1997, op. cit. p. 164

identifié les bénéficiaires de l'allocation de rentrée scolaire, procédera à la destruction des données relatives aux élèves qui ne sont pas concernés par cette allocation.

179. Lors de la demande de modification du traitement « SCOLARITÉ » formulée en 2002, la CNIL a intégré au titre des destinataires de la base académique, les directeurs des centres de formation d'apprentis pour les élèves entrant dans leur établissement. Elle a considéré cette communication de l'identifiant national élève -INE-, du numéro de l'établissement fréquenté l'année précédente et les deux dernières classes fréquentées, pertinente au regard de la finalité du traitement²⁸³.

180. **Extension de finalité.** Enfin, dans la même perspective d'intérêt général, la CNIL admet l'utilisation de certains fichiers administratifs par les chercheurs, au nom du principe d'extension de finalité²⁸⁴.

2. Tiers autorisés

181. Dans le silence de la loi, la CNIL a toujours tenu à distinguer les destinataires des informations des tiers autorisés « qui ne peuvent avoir accès à tout ou partie des informations qu'en vertu de dispositions légales particulières²⁸⁵ ». Il s'agit principalement des magistrats, de la police et des agents du fisc, qui bénéficient d'accès privilégiés dans des conditions légalement définies.

182. **Projet de loi.** Cette distinction a été reprise dans le projet de loi n° 780, et non modifiée dans le projet n° 762. Le futur article 3. Il dispose, en effet, que « Le destinataire d'un traitement de données à caractère personnel est toute personne habilitée à recevoir communication de ces données autre que la personne concernée, le responsable du traitement, le sous-traitant et les personnes qui, en raison de leurs fonctions, sont chargées de traiter les données. Toutefois, les autorités légalement habilitées, dans le cadre d'une mission particulière ou de l'exercice d'un droit de communication, à demander au responsable du traitement de leur communiquer des données à caractère personnel ne constituent pas des destinataires ».

3. Diffusion sur l'internet

183. **Diffusion trans-frontières.** Avec le basculement de bases de données sur l'internet ou la création de sites internet, en libre accès, la dimension de diffusion des données est évidemment tout autre. Il n'y a plus de destinataires limitativement déterminés mais une communauté infinie de destinataires des informations contenues dans la base ou diffusées sur le site. Et ce « public » potentiel est, de surcroît, international. Il dispose d'un remarquable outil d'accès à l'information, en raison de la puissance des moteurs de recherche, lesquels permettent d'effectuer des recherches par mots-clés en quelques secondes.

184. **Vulnérabilité accrue.** Certains traitements automatisés, légitimes et maîtrisables au plan national, peuvent s'avérer dangereux sur l'internet. Il est clair que la diffusion d'un organigramme ministériel sur l'internet n'a pas la même portée que sa communication sur un support papier, compte tenu de la possibilité d'effectuer des recherches par mots-clés de n'importe quel coin de la planète. La plus extrême circonspection est donc de mise lors des décisions de création d'applications destinées au WEB, s'apparentant, selon nous, à un devoir « d'objection de conscience numérique » !

185. **Devoir d'abstention.** Cette vigilance doit se traduire par une réflexion préliminaire sur l'opportunité de l'application internet et précisément, au regard du principe de finalité, sur les catégories d'informations diffusées, informations dont la « dissémination » sur ce type de supports n'est pas forcément souhaitable. C'est ainsi qu'il paraît important de canaliser l'euphorie du « tout internet », pour ne retenir que les projets qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux libertés et à la vie privée²⁸⁶. L'abstention peut alors s'avérer de bonne politique dans certaines hypothèses. Il convient, tout au moins, de « nettoyer » de certaines données des bases, jusqu'alors interrogées en interne. L'on songe, par exemple, aux organigrammes, aux annuaires, aux sites d'écoles pour lesquelles il ne paraît pas nécessairement opportun de mentionner les coordonnées précises des personnes. C'est dans cet esprit que le gouvernement a préféré, lors de la diffusion du Journal officiel sur l'internet, exclure les décrets de naturalisation afin de ne pas transformer « une mesure de publicité, conçue

²⁸³ CNIL, Délibération n° 02-069 du 15 oct. 2002 : CNIL, 23° rapport 2002, op. cit. p. 183

²⁸⁴ supra n° 121

²⁸⁵ CNIL, Dix ans d'Informatique et Libertés, Economica 1988, p. 30

²⁸⁶ V. à propos du projet de loi sur la Société de l'Information, le rapport « Données personnelles et administration électronique » présenté par Messieurs Truche, Faugère et Flichy le 26 févr. 2002, sur le site www.internet.gouv.fr

comme une annonce de bienvenue dans la communauté nationale, en véritable menace pesant sur l'intéressé ayant renoncé à sa nationalité d'origine²⁸⁷ ”.

186. **Bulletin officiel.** Dans le même esprit, la CNIL a appelé l'attention du ministère de la Jeunesse, de l'Education nationale et de la Recherche sur la difficulté posée par la publication, en accès libre, sur le site du ministère, des décisions disciplinaires des établissements publics d'enseignement supérieur, parues au bulletin officiel²⁸⁸. Elle indique, en effet, que "s'il est légitime que ces décisions soient accessibles aux administrations (universités, centres d'examen, établissements d'enseignement, etc.) chargées de les appliquer, rien ne justifie, en revanche que n'importe qui puisse en prendre connaissance". Il est clair que les effets de la diffusion de telles informations sur l'internet ne sont en rien comparables à ceux d'une publication au Bulletin officiel du ministère.

187. **Déclaration modificative.** Lors du basculement sur le réseau d'applications déjà existantes, il est indispensable d'informer de ce nouveau mode de diffusion les personnes, dont les données ont été traitées dans l'application initiale. Par ailleurs, le changement de support de diffusion des données, impliquant une modification de la finalité du traitement, imposera une déclaration ou une demande d'avis modificative. Au demeurant, que l'application soit nouvelle ou non, la personne concernée doit être avisée de la particularité des risques de captation et de détournement des données “ inhérents au réseau²⁸⁹ ”.

188. **Accord de l'intéressé.** Enfin, la CNIL a, pour certaines applications internet, exigé l'accord exprès des personnes²⁹⁰ et imaginé une faculté de rétractation de celles-ci²⁹¹. Ainsi la diffusion sur l'internet d'annuaires de scientifiques a été effectuée avec le recueil, par écrit, de l'accord exprès des chercheurs, lesquels pouvaient à tout moment demander à ne plus y figurer²⁹². Cette exigence s'est doublée d'autres conditions relatives, d'une part, à l'information des chercheurs sur les risques du réseau internet et les droits des personnes, par avis apparaissant sur l'écran de l'ordinateur et, d'autre part, à des mesures techniques de sécurité, lors de la consultation de l'annuaire.

B. La cession des données

189. L'accès aux données qui font l'objet d'un traitement automatisé est, nous l'avons vu, réservé aux destinataires des données et à certains tiers autorisés. Le respect de ce principe est la condition même de l'effectivité de la protection des individus. Il n'autorise aucune cession de tout ou partie des fichiers résultant des traitements, dont le projet n'ait pas été préalablement soumis à la CNIL. Deux hypothèses de cessions de données appellent l'attention : l'une relative au sort des fichiers d'adresses (1) et l'autre aux fichiers anonymisés (2).

1. Fichiers d'adresses

190. **Marketing.** Les entreprises commerciales, et principalement celles de vente par correspondance et de marketing, sont extrêmement friandes de fichiers d'adresses. Elles sont amenées à en demander la cession à un maximum de responsables de traitements, afin d'obtenir le panel le plus varié de profils ciblés de clientèle. Les responsables de traitements sont évidemment très sollicités et tentés de céder, non pas (et fort heureusement) les fichiers correspondant à leurs applications informatiques, mais les listes d'adresses qu'ils peuvent en extraire. Cette hypothèse concerne principalement les fichiers de clientèles mais elle couvre désormais les fichiers d'usagers du service public. Ainsi peut-on tout à fait imaginer que le directeur d'un lycée sport-études reçoive une sollicitation de cette nature de la part d'une entreprise de vêtements et de matériel de sport, intéressée par le démarchage de ce public de lycéens, par excellence consommateurs potentiels.

²⁸⁷ V. J. Boyer, La révolution d'internet, Petites affiches, nov. 1999, n° 224, p. 12 ; V. aussi délib. CNIL n° 01-057 du 29 nov. 2001 sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence : CNIL, 22° rapport 2001, Doc. fr. 2002, p. 77

²⁸⁸ CNIL, 23° rapport 2002, op. cit. p. 91

²⁸⁹ CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 70

²⁹⁰ CNIL, Délibération du 9 juill. 1996 précitée

²⁹¹ ibid; V. aussi CNIL, Délibération du 23 sept. 1997, à propos du serveur www.ANPE.FR : CNIL, 18° rapport 1997, op.cit. p. 109

²⁹² V. notamment la délibération CNIL n° 95-131 du 7 nov. 1995 : CNIL, 16° Rapport 1995, op. cit. p. 85

191. **Code de déontologie.** La CNIL est très préoccupée de ce phénomène. Elle s'est, depuis longtemps, efforcée d'encadrer cette pratique, dans deux secteurs bien particuliers, celui de la vente par correspondance²⁹³ et celui de la presse²⁹⁴. Elle a encouragé²⁹⁵ l'élaboration d'un Code de déontologie des professionnels du marketing direct vis à vis de la protection des données à caractère personnel²⁹⁶, code publié le 8 décembre 1993 par l'Union française du marketing direct.

192. **Violation de secrets.** La CNIL relève que ces procédés sont souvent illégaux car effectués en violation des dispositions de la loi de 1978 relatif à la loyauté de la collecte et à la finalité des traitements, ainsi qu'en violation de secrets protégés par la loi, secret bancaire²⁹⁷ ou médical²⁹⁸, par exemple. En tout état de cause, elle rappelle principalement l'obligation de signaler, lors de la déclaration ou demande d'avis, l'éventualité de la cession, la location ou l'échange des données, puis d'en informer les personnes et les mettre en mesure de s'y opposer²⁹⁹.

193. **Fichiers du secteur public.** S'agissant de l'utilisation de données provenant de traitements du secteur public, la CNIL a durci sa position. Reconnaisant qu'elle appréciait auparavant, au cas par cas, ce type de demandes en ne les autorisant qu'à titre exceptionnel et pour des motifs d'intérêt général³⁰⁰, et en les assortissant de réserves strictes, elle a convenu, en 1994, qu'elle faisait désormais prévaloir le respect du principe de finalité. Elle considère que les fichiers des administrations ne peuvent « être utilisés à d'autres fins que la gestion du service public pour laquelle ils ont été créés, *a fortiori* en l'absence d'élément particulier ou de circonstances exceptionnelles³⁰¹ ».

194. **Traitement CCMSA.** La CNIL a ainsi émis un « avis défavorable de principe à l'utilisation des traitements mis en oeuvre par les personnes en charge d'une mission de service public à des fins étrangères à cette mission³⁰² ». La demande émanait de la CCMSA et visait l'utilisation du fichier des assurés des caisses locales à des fins publicitaires, opération permettant à la caisse de réduire ses coûts de gestion en obtenant des contreparties financières aux opérations de courtages en adresses. Le refus de la CNIL est motivé par le fait que « ni l'envoi de messages publicitaires, ni plus généralement l'envoi d'informations, sans rapport avec l'objet des prestations sociales agricoles, ne figure parmi les missions imparties aux caisses³⁰³ ». La mise à disposition du fichier d'adresses à des fins de publi-postage est refusée, notamment en considération du fait que les personnes concernées constituent une clientèle « captive³⁰⁴ ».

195. **Projet de loi.** A cet égard, le projet de loi n° 762 comporte l'avantage d'imposer, en son futur article 32. II, une obligation d'information, en cas de cession des fichiers, dans les termes suivants : « Lorsque les données à caractère personnel n'ont pas été recueillies auprès de la personne concernée, le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à cette dernière les informations énumérées au I dès l'enregistrement des données, ou, si une communication des données à des tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication des données (...) ». Ce principe constitue un incontestable progrès, même si on peut s'inquiéter des exceptions dont il est assorti³⁰⁵ et du report de l'information au moment de la communication des données par le « cessionnaire-cédant ».

²⁹³ V. Norme Simplifiée n° 17, relative à la gestion des fichiers de clientèles des entreprises dont l'objet social inclut la vente par correspondance

²⁹⁴ V. Norme Simplifiée n° 25, relative à la gestion des fichiers de destinataires d'une publication périodique de presse

²⁹⁵ V. CNIL, 13° rapport 1992, op. cit. p. 40

²⁹⁶ V. CNIL, 14° rapport 1993, op. cit. p. 27 et p. 394

²⁹⁷ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 97

²⁹⁸ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 98

²⁹⁹ V. aussi la concertation entre le CRU (Comité réseau des Universités) et la CNIL, à propos de l'utilisation des listes de diffusion du monde universitaire à des fins d'envoi de messages de prospection commerciale : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 95 et supra n° 76

³⁰⁰ Elle a, par exemple, autorisé l'utilisation de la facturation du téléphone pour une campagne nationale de lutte contre le SIDA, organisée par le Gouvernement, en invoquant des « raisons d'intérêt général ». CNIL, Dix ans d'Informatique et Libertés, Economica 1988, p. 31

³⁰¹ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 34

³⁰² CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 33

³⁰³ CNIL, Délibération n° 94-022 du 29 mars 1994 relative à la demande d'avis de la CCMSA concernant l'utilisation du fichier des assurés des caisses départementales et pluri-départementales de mutualité sociale agricole à des fins publicitaires : CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 35

³⁰⁴ CNIL, 15° rapport 1994, op. cit. p. 33

³⁰⁵ supra n° 125

2. Fichiers anonymisés

196. **Anonymisation.** L'utilisation du fichier par des personnes autres que les destinataires ou les tiers autorisés peut également être autorisée par la CNIL quand les données sont anonymisées. Cette hypothèse concerne principalement des utilisations à des fins d'études statistiques.

197. **Enquêtes nationales.** A propos d'une enquête nationale mise en oeuvre par l'INSEE et baptisée « Handicaps-Incapacités-Dépendance », l'avis de la CNIL précise bien que « l'INSEE sera le seul destinataire des données recueillies », ajoutant cependant que « le service des statistiques, des études et des systèmes d'information du ministère de l'Emploi et de la Solidarité, obtiendra, conformément aux dispositions de l'article 7 bis de la loi du 7 juin 1951, un fichier d'enquête anonyme comportant les codes commune, moyennant la signature d'une convention avec l'INSEE et un avis favorable de la CNIL³⁰⁶ ».

198. **Recensement.** Par ailleurs, la CNIL est régulièrement amenée à préciser les conditions dans lesquelles les données collectées par l'INSEE, lors du recensement général de la population - RGP -peuvent faire l'objet de cessions, à des niveaux particuliers d'agrégation. Par exemple, à propos du RGP en Polynésie Française en 1996, elle a considéré que « certains organismes publics énumérés à l'article 3, premier alinéa du projet d'acte réglementaire (les municipalités et syndicats de communes, les organismes d'aménagement du territoire, les organismes mettant en oeuvre des politiques de la ville, les organismes publics effectuant des recherches scientifiques ou historiques et les organismes publics mettant en oeuvre des politiques sociales) pourront se voir céder des tableaux au niveau du district de recensement, sous réserve de la signature d'une convention de cession, dont le modèle a été approuvé par la Commission, signée entre l'INSEE ou l'ISTAT et le bénéficiaire³⁰⁷ ».

199. **Données de santé.** On mentionnera également, pour mémoire, les termes de l'article 40-12 de la loi de 1978, à propos des traitements de données personnelles de santé à des fins d'évaluation ou d'analyse des activités de soins et de prévention, qui dispose que :

« Les données issues des systèmes d'information visés à l'article L. 710-6 du Code de la santé publique, celles issues des dossiers médicaux détenus dans le cadre de l'exercice libéral des professions de santé, ainsi que celles issues des systèmes d'information des caisses d'assurance maladie, ne peuvent être communiquées à des fins statistiques d'évaluation ou d'analyse des pratiques et des activités de soins et de prévention que sous la forme de statistiques agrégées ou de données par patient constituées de telle sorte que les personnes concernées ne puissent être identifiées.

Il ne peut être dérogé aux dispositions de l'alinéa précédent que sur autorisation de la CNIL dans les conditions prévues aux articles 40-13 à 40-15. Dans ce cas, les données utilisées ne comportent ni le nom, ni le prénom des personnes, ni leur numéro d'inscription au Répertoire national d'identification des personnes physiques ».

³⁰⁶ CNIL, Délibération n° 98-061 du 16 juin 1998 : CNIL, 19° rapport 1998, op. cit. p. 150

³⁰⁷ CNIL, Délibération n° 96-078 du 1° oct. 1996 : CNIL, 17° rapport 1996, op. cit. p. 338