

No.2 | Juillet 2015  
Numéro spécial : «Privacy»

# Montesquieu Law Review

**Les dispositions pénales protectrices de la vie privée : entre archaïsme et inefficacité**

Mikaël Benillouche, Maître de conférences HDR, Faculté de droit et de science politique d'Amiens



Programme financé par l'ANR  
n°ANR-10-IDEX-03-02

**FORUM**  
**MONTESQUIEU**  
Faculté de droit et science politique

université  
de **BORDEAUX**

## Les dispositions pénales protectrices de la vie privée : entre archaïsme et inefficacité

**Mikaël Benillouche**, Maître de conférences HDR à la Faculté de droit et de science politique d'Amiens, Membre du CEPRISCA

Citation suggérée : Mikaël Benillouche, *Les dispositions pénales protectrices de la vie privée : entre archaïsme et inefficacité*, 1 Montesquieu Law Review (2015), n° 2, disponible sur le site <http://www.montesquieulawreview.eu/review.htm>

Comme l'affirmait Voltaire « *[[]es petitesesses de la vie privée peuvent s'allier avec l'héroïsme de la vie publique* » (1).

Or, en droit positif, le droit à la vie privée bénéficie à tous et fait même l'objet, en droit interne, d'un double niveau de protection, à la fois civil et pénal.

Ainsi, civilement, il est possible de combattre toutes les atteintes à la vie privée. Au pénal, ce ne sont que les atteintes les plus graves qui sont réprimées. Cette dichotomie se dédouble en une seconde dans la mesure où le droit à la vie privée est proclamé par la Convention européenne des droits de l'homme (2) et le Code civil (3).

Le sujet est au cœur de l'actualité comme en atteste les faits divers reposant sur le harcèlement par les réseaux sociaux en empruntant l'identité de mineurs avant d'exploiter leurs données personnelles.

Pour endiguer ces atteintes, le droit pénal a pour délicate tâche de nommer l'interdit.

A ce titre, une première lecture de l'évolution du droit positif permet de constater que le législateur répond aux nécessités sociales en adaptant la répression, notamment en créant un délit d'usurpation d'identité par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Cette évolution du droit positif paraissait indispensable tant les modes d'atteinte à la vie privée se sont démultipliés avec le développement des nouvelles technologies.

Toutefois, une seconde lecture conduit à fortement nuancer le propos en constatant que les lacunes de la répression n'ont pas été totalement comblées et que le texte nouveau, notamment en raison d'un dol spécial délicat à établir et d'une répression relativement faible, n'a pas l'efficacité escomptée.

Il semble que le législateur hésite à renforcer la répression des atteintes à la vie privée, certainement en raison du risque de porter atteinte à d'autres droits et libertés fondamentaux à l'instar de la liberté d'expression (4). Dès lors, le droit positif ne peut faire primer le droit à la vie privée sur la liberté d'expression, mais doit s'efforcer de les concilier. Les textes protecteurs de ces droits et libertés fondamentaux prévoient justement la possibilité de les limiter et de les encadrer.

Il n'en demeure pas moins que l'équilibre ainsi obtenu est mouvant et fragile. Il est mouvant car, si les atteintes ne sont pas combattues, le droit à la vie privée devient ineffectif. Il est fragile et nécessite donc de toucher régulièrement aux dispositions pénales déjà existantes afin de les adapter et ce, comme l'enseignait Montesquieu « *avec une main tremblante* » (5). Finalement la tentation est grande pour le législateur de faire coexister à côté du droit positif classique inséré dans le Code pénal depuis 1970 des dispositions plus spécifiques, plus efficaces destinées à lutter contre les atteintes à l'« *identité numérique* » tant les modalités et les fréquences de ces atteintes sont fréquentes. Comment alors justifier un droit spécifique à l'internet ? Et surtout, comment garantir son effectivité dans un domaine où légiférer semble si difficile ?

C'est à toutes ces questions que semble vouloir répondre le législateur, tant le constat de l'obsolescence du dispositif classique est partagé (I) et ce, à un tel point que son renouvellement semble inéluctable (II).

### **I – Un dispositif classique dépassé**

Le droit positif a été profondément remanié en 1970 pour répondre à une espérance légitime de protection (A), mais celui-ci s'avère aujourd'hui dépassé (B).

#### **A – L'expression initiale de l'« espérance légitime de protection »**

La notion de vie privée est délicate à circonscrire. Ainsi, pour la Cour européenne des droits de l'homme, « (...) le terme « *vie privée* » ne doit pas être interprété de façon restrictive. En particulier, le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de « *vie privée* » » (6).

La loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens a néanmoins consacré un droit subjectif à la vie privée (7). « *Toute personne quel que soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée* » (8). Cette protection est applicable à toute personne, sous réserve d'être né vivant et viable. Plus encore, toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une espérance légitime de protection et de respect de sa vie privée (9).

Plus encore, selon les dispositions de l'article 9 alinéa 2 du Code civil « *[l]es juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé* ».

Pénalement, seules les atteintes les plus graves à la vie privée sont pénalement sanctionnables. Les différentes infractions sont regroupées aux articles 226-1 et suivants du Code pénal qui sanctionnent l'espionnage individuel, tant auditif que visuel, et son exploitation (10). Les propos ou les images doivent nécessairement avoir été interceptés dans un lieu privé. Celui-ci se définit négativement comme n'étant pas un lieu public, c'est-à-dire comme un lieu qui n'est pas accessible à tous (11). De façon dérogatoire au droit commun, en la matière, l'action publique ne peut être engagée que suite à une plainte de la victime. En conséquence, les atteintes à l'intimité de la vie privée entrent dans la catégorie étroite des délits privés (12).

L'infraction est ainsi caractérisée dès lors que des propos tenus dans un lieu privé sont enregistrés sans le consentement de leur auteur (13). La clandestinité est l'élément essentiel de l'infraction (14). Dès lors, le point de départ de l'action publique est retardé dès lors que les infractions ont été caractérisées en tous leurs éléments et notamment que les victimes ont eu connaissance de l'atteinte qui leur a été portée (15).

Bien évidemment l'ordre ou l'autorisation de la loi pénale (16) est une cause d'irresponsabilité pénale fréquemment applicable, notamment lorsque les auteurs de l'atteinte sont des organes d'investigation qui agissent conformément aux règles du Code de procédure pénale, lequel prévoit la possibilité de porter atteinte de multiples façons à la vie privée, comme par exemple, dans le cadre d'écoutes téléphoniques (17).

Ce cadre juridique s'avère désormais quelque peu dépassé.

## **B – Le vieillissement inéluctable du cadre juridique**

Ces infractions ont, depuis leurs créations, fait l'objet de plusieurs modifications. Toutefois, de nombreuses atteintes à la vie privée restent en dehors de leurs champs d'application et ce, notamment en raison de l'évolution des modes d'atteintes à celle-ci.

En effet, les infractions pénales doivent être prévues avec clarté et précision, à défaut, elles sont susceptibles d'être censurées par le Conseil constitutionnel (18) ou de porter atteinte aux dispositions de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (19). Dès lors, la répression est nécessairement limitée et le juge répressif est cantonné à une interprétation stricte de celle-ci (20).

Or, les technologies de communication ont fortement évolué.

S'agissant des messages téléphoniques écrits (short message service ou SMS), plusieurs décisions mettent en évidence la difficulté pour le droit positif de protéger la vie privée. Ainsi, un employeur qui consultait les SMS envoyés sur les téléphones professionnels de ses salariés ne porte pas atteinte à leurs vies privées. En effet, ces SMS sont présumés avoir un caractère professionnel. Dès lors, *« l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels »* (21). De même, selon la Chambre sociale *« les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence »* (22). Or, les courriers figurant sur la boîte électronique professionnelle du salarié ne portaient aucune mention comme étant personnels, ils pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur hors la présence de l'intéressé (23). De même, les correspondances adressées ou reçues par le salarié sur le lieu de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de la présence de l'intéressé, sauf si elles sont identifiées comme étant personnelles (24). Une même solution gouverne le contrôle par l'employeur des sites Internet visités par ses salariés (25).

Plus encore, les infractions ne permettent pas de sanctionner tous les agissements susceptibles de porter atteinte à la vie privée, notamment concernant des faits de voyeurisme, dès lors que l'image de la victime n'est pas enregistrée. Ainsi, le fait de faire un trou dans la cabine d'une piscine pour

observer des jeunes femmes en train de se changer ne caractérise pas l'une des infractions prévues par les articles 226-1 et suivants du Code pénal. L'infraction de violences ne pouvant non plus être retenue (26), la seule qualification envisageable réside alors dans la dégradation du bien d'autrui (27). Ces lacunes concernant les faits de voyeurisme ont également été mises en exergue par une parlementaire (28).

Il en va également de même concernant le fait d'écouter aux portes. Ce simple fait, sans captation de la voix n'est pas pénalement répréhensible.

C'est donc le juge qui doit, selon les matières et les dispositions juridiques existantes, adapter sa position faute d'intervention législative.

## II – Un dispositif renouvelé

Face à ce constat, le législateur ne pouvait rester indifférent et est intervenu pour faire évoluer le droit positif avec de nouvelles dispositions (A) dont l'efficacité est incertaine (B).

### A – Un besoin social relayé par la loi

Nombre d'atteintes à la vie privée ne pouvaient donc être sanctionnées par le droit pénal. Plus encore, le développement des nouvelles technologies et la mise en ligne d'informations personnelles par un public de plus en plus jeune a démultiplié le risque d'atteinte à la vie privée d'autrui par l'utilisation des réseaux sociaux.

C'est ce qui a conduit le législateur à intervenir. Ainsi, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a créé une infraction dite d'usurpation d'identité (29) insérée dans les atteintes à la vie privée (30).

Ainsi, est désormais incriminé « [l]e fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui ou de porter atteinte à son honneur ou sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ». Il est ajouté, dans le second alinéa, que « [c]ette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ».

Initialement, il avait été prévu de faire figurer cette incrimination parmi les violences. En effet, par le biais de l'utilisation d'une fausse identité, plusieurs actes de malveillance peuvent être effectués comme l'envoi de messages malveillants à l'entourage de la personne ou encore la mise en place d'une escroquerie.

Ce n'est donc pas exclusivement par internet que l'infraction est susceptible d'être caractérisée. La loi évite d'évoquer la notion floue et imprécise d' « identité numérique » pourtant fréquemment utilisée par les médias. En effet, le contenu exact de la notion reste incertain. Quoiqu'il en soit, lors des travaux préparatoires avaient été évoqués comme constituant l'identité non seulement le nom, mais également le surnom ou encore le pseudonyme utilisé sur l'internet. De la sorte, le législateur prend effectivement en compte la pratique existante sur les réseaux de communication électronique de se désigner ou de se faire désigner par un autre nom que le sien.

Toutefois, la création de cette incrimination était-elle indispensable ? En effet, elle semble très proche d'autres qualifications. Or, face à un fait unique, il n'est, en principe, possible que de retenir une seule qualification (31).

Une difficulté semble donc concevable dans la mesure où l'article 433-19 du Code pénal incrimine notamment « *le fait, dans un acte public ou authentique ou dans un document administratif destiné à l'autorité publique [...] : 1° de prendre un nom ou un accessoire du nom autre que celui assigné par l'état civil* ». Est alors incriminé une hypothèse différente, celle de ne pas prendre son nom et non pas de prendre le nom d'autrui. Quant à l'article 434-23 du Code pénal, il incrimine « *[l]e fait de prendre le nom d'un tiers, dans des circonstances qui ont déterminé ou auraient pu déterminer contre celui-ci des poursuites pénales* ». Cette qualification a d'ailleurs été retenue dans l'hypothèse de l'utilisation de l'adresse électronique d'un tiers ayant entraîné un risque de poursuites pénales (32). Toutefois, il s'agit là de la répression d'une forme d'entrave à la justice et non pas d'une atteinte à l'identité d'autrui. Les deux infractions ont donc des objectifs différents et protègent des valeurs sociales distinctes. Elles peuvent donc être retenues cumulativement (33).

Toutefois, cette pénalisation n'a été qu'une étape législative.

## **B – Une efficacité relative**

Ces dispositions nouvelles n'ont pas véritablement enrayé le phénomène (34), à tel point que le législateur a dû à nouveau intervenir afin d'incriminer des agissements qui, utilisant souvent des éléments de la vie privée émanant de la victime elle-même, conduisait certains membres des réseaux sociaux auxquels elle appartenait à la harceler.

Ainsi, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (35) a créé un délit de harcèlement privé (36).

Une résolution du Parlement européen avait déjà attiré l'attention du législateur sur les phénomènes de cyber-harcèlement, notamment à l'égard des enfants (37).

La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes prohibe des agissements relevant du cyber-harcèlement.

Tout d'abord, elle étend le champ d'application de l'article 222-16 du Code pénal aux « *envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques* ». La loi consacre ainsi la jurisprudence qui avait admis, au prix d'une interprétation pour le moins extensive de l'article 222-16 que l'infraction qui ne concernait alors que les appels téléphoniques et les agressions sonores était également applicable à l'envoi de SMS, « *dès lors que la réception d'un SMS se manifeste par l'émission d'un signal sonore par le téléphone portable de son destinataire* » (38).

La création par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 d'une nouvelle infraction de harcèlement moral, déjà évoquée par ailleurs, s'est accompagnée de celle d'une circonstance aggravante tenant au fait que l'infraction a été commise « *par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne* », ce qui caractérise les agissements essentiels de cyber-harcèlement.

Par ailleurs, la création du délit de soumission d'une personne à des humiliations ou intimidations répétées ou d'atteintes répétées à sa vie privée a pour objectif principal de lutter contre le cyber-harcèlement. La rédaction adoptée pour définir ce nouveau délit ne vise pas explicitement la commission de ces faits par le biais de moyens de communication en ligne, car, selon la rapporteure de la commission des Lois du Sénat, il n'aurait pas été possible de « *viser uniquement les nouvelles technologies de l'information et de la communication* », mais l'intention poursuivie est bien de permettre la poursuite des faits de « *cyber-harcèlement* » (39).

De plus, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a également été légèrement modifiée dans ses dispositions faisant obligation aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs sur Internet de « *concourir à la lutte contre la diffusion* » de certains contenus illicites, « *compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap, ainsi que de la pornographie infantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine* » (40).

En outre, la loi a ajouté dans la liste des infractions contre lesquelles doivent concourir les intermédiaires techniques d'internet, la provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap (41).

Le législateur a donc entendu réprimer le cyber-harcèlement sous ses différentes formes. Toutefois, ce faisant, il a adopté une norme étendue susceptible de s'appliquer en dehors de cette hypothèse. Il convient de relever que le Conseil constitutionnel, saisi de la loi, a conclu à sa conformité avec les exigences constitutionnelles (42).

En conclusion, le législateur semble éprouver les plus grandes difficultés pour endiguer les atteintes les plus graves à la vie privée en ayant recours au droit pénal, tant les modalités de méconnaître ce droit subjectif semblent étendues. Toutefois, sa volonté de ne pas adopter de dispositions pénales trop étendues ne peut qu'être saluée en ce qu'elle permet de concilier l'indispensable respect de la vie privée avec d'autres libertés et droits fondamentaux. Il n'en demeure pas moins que ces fréquentes interventions législatives semblent attester d'un droit positif qui se cherche entre prévention et répression et qui ne parvient pas à juguler des phénomènes aux conséquences parfois irréversibles (43).

## Notes

(1) *Essai sur les mœurs*, 1756.

(2) Article 8.

(3) Article 9.

(4) Article 10.

(5) *De l'esprit des Lois*, 1748.

(6) CEDH, 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, requête n° 27798/95, § 65.

(7) Proclamé à l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

(8) CA Paris, 17 mai 1966, D. 1966, p. 749 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 octobre 1990, Bull. civ. 1990, I, n° 222.

(9) CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, requête n° 59320/00, § 69.

- (10) L'incrimination principale est prévue par l'article 226-1 du Code pénal qui prévoit :
- « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :
- 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;
- 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.
- Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé. »
- L'article 226-2 du Code incrimine « le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1 ».
- L'article 226-3 du Code pénal crée des infractions-obstacles afin d'empêcher d'acquérir des dispositifs techniques susceptibles d'être utilisés pour porter atteinte à l'intimité de la vie privée. Quant à l'article 226-4 du Code pénal, il punit l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui.
- (11) Ainsi, une prison n'est pas un lieu public (CA Paris, 19 novembre 1986, D. 1987, somm. 141). Il en est de même de la salle de délibéré d'une cour d'assises (CA Amiens, 4 février 2009, JCP éd G n° 15, 8 avril 2009, II, 10063).
- (12) Article 226-6 du Code pénal.
- (13) Cass. crim., 19 mai 1981, Bull. crim., n° 161.
- (14) Cass. crim., 4 mars 1997, Bull. crim., n° 83.
- (15) Cass. crim., 4 mars 1997, Bull. crim., n° 83.
- (16) Article 122-4 alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal.
- (17) Articles 100 à 100-7 et 706-95 du Code de procédure pénale.
- (18) Cons. Constit., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC.
- (19) CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, Recueil 1996-V.
- (20) Article 111-4 du Code pénal.
- (21) Cass. com., 10 février 2015, n° 13-14779.
- (22) Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48025.
- (23) Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-42486.
- (24) Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-22972.
- (25) Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-45253.
- (26) Cass. crim., 5 octobre 2010, n° 10-80050.
- (27) Articles 322-1 et suivants du Code pénal.
- (28) Question écrite n° 425, JO Sénat, 27 décembre 2012.
- (29) A. Lepage, Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation, JCP éd G n° 35, 29 août 2011, doctr. 913.
- (30) Article 226-4-1 du Code pénal.
- (31) Article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme posant la règle *non bis in idem*.
- (32) Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83255.
- (33) Il s'agit d'une exception à la règle *non bis in idem* (Cass. crim., 3 mars 1960, Bull. crim., n° 138, RSC, 1961, 105, obs. Legal) admise par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 30 juillet 1998, *Oliveira c. Suisse*, Recueil 1998-V).
- (34) [www.lemonde.fr/sur-le-web-le-paradoxe-de-la-vie-privee\\_3456070\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/sur-le-web-le-paradoxe-de-la-vie-privee_3456070_3224.html)



- (35) Cons. const., 31 juillet 2014, n° 2014-700 DC.
- (36) Article 222-33-2-2 du Code pénal.
- (37) PE, résolution non législative, n° 2012/2068(INI), 20 novembre 2012.
- (38) Cass. crim., 30 septembre 2009, n° 09-80.373, JurisData n° 2009- 049991, Dr. pén. 2009, comm. 147, obs. M. Véron, Comm. com. électr. 2009, comm. 115, Rev. pén. 2010, p. 899, obs. V. Malabat.
- (39) JO Débats Sénat, séance du 17 septembre 2013, p. 8269.
- (40) Articles 6-I et 7 alinéa 3 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.
- (41) Article 24 alinéa 9 de la loi 29 juillet 1881.
- (42) Cons. const., 31 juillet 2014, n° 2014-700 DC.
- (43) [www.lefigaro.fr/harcele-sur-les-reseaux-sociaux-un-jeune-homme-se-suicide.php](http://www.lefigaro.fr/harcele-sur-les-reseaux-sociaux-un-jeune-homme-se-suicide.php) (paywall)

