



ALEXANDRE FIÉVÉE

La liberté d'expression

menacée par le RGPD ?

Surtout depuis internet, deux visions de la liberté d'expression opposent les Etats-Unis à l'Europe où celle-ci peut être limitée pour des motifs de protection de droits de la personnalité visant à éviter toute diffamation, discrimination ou atteinte excessive à la vie privée d'autrui. Depuis peu, le RGPD est invoqué par des personnes pour contester la publication d'articles les concernant. Et des autorités de contrôle européennes leur ont donné gain de cause. Les médias ne savent pas toujours que le RGPD s'applique à eux, même s'ils bénéficient de quelques dérogations. Le grand public non plus d'ailleurs. Alexandre Fiévée, avocat spécialiste en droit de la protection des données personnelles, nous dit dans quelle mesure le RGPD peut imposer des limites à la libre parole des journalistes mais aussi des particuliers.

Sylvie Rozenfeld : Internet a permis à tout le monde de s'exprimer et de diffuser sa parole librement dans des commentaires, des blogs ou sur les réseaux sociaux. Comme la presse, les personnes bénéficient de la liberté d'expression. Mais ce droit n'est pas absolu. Une des limites récemment opposée à la liberté d'expression est la protection des données personnelles. L'article 85 du RGPD prévoit que les États membres concilient, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire et qu'ils peuvent adopter des dérogations et des exemptions. Avant d'aborder la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE et des autorités de contrôle en matière de données personnelles, j'aimerais qu'on commence sur une considération générale sur la réalité de la menace du RGPD sur la liberté d'expression.

Christophe Bigot considère qu'on assiste à une expansion hégémonique du droit des données personnelles au détriment de la liberté d'expression alors que ces droits « ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur ». Selon lui, ce sont deux systèmes de droit reposant sur des philosophies radicalement différentes qui posent la question de leur compatibilité. Y-a-t-il une antinomie fondamentale entre la liberté d'expression, qui se fonde sur des possibilités illimitées de rassemblement et de circulation des informations et la protection des données à caractère personnel qui exige au contraire (...) de strictes limitations afin d'assurer le respect de la vie privée ?

Alexandre Fiévée : La réglementation en matière de protection des données personnelles ne limite pas la liberté d'expression. Au contraire, l'article 85 donne même la possibilité à chaque Etat membre de prévoir par la loi un régime dérogatoire pour les traitements réalisés à des fins journalistiques. Il ne s'agit donc pas de restreindre la liberté d'expression mais de à la protection des données personnelles. C'est dans ce cadre que le législateur français a ainsi écarté, pour les traitements journalistiques, certains principes du RGPD (principe de transparence, principe d'interdiction de traiter des données sensibles mais aussi des données relatives aux condamnations, etc.) et plusieurs droits reconnus aux personnes concernées (droits d'accès, de vérification, etc.).

La liberté d'expression s'applique aussi aux particuliers qui s'expriment sur leur site, blog ou sur les réseaux sociaux. Et l'article 2.2. c) prévoit que le RGPD ne s'applique pas aux traitements effectués par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique. Où se situe la frontière à partir de laquelle le RGPD s'applique ?

On a longtemps pensé, et certains le pensent encore, que la réglementation sur la protection des données

personnelles ne s'applique pas aux traitements réalisés par des particuliers car les traitements dits « domestiques » sont exclus du champ d'application du RGPD. Or, la CJUE, tout comme certaines autorités nationales de contrôle dans l'UE, ont eu l'occasion de préciser cette notion de traitement « domestique » et ont considéré qu'elle devait se limiter aux traitements réalisés dans le cadre de la sphère privée de l'individu. Dès qu'ils débordent dans la sphère publique, ils sont soumis au RGPD. Prenons l'exemple d'un dispositif de vidéosurveillance installé à l'entrée d'une propriété privée. Si la caméra est orientée, ne serait-ce qu'en partie, vers l'espace public et si elle filme, par voie de conséquence, des personnes qui sont extérieures à la propriété, il ne s'agit pas d'un traitement domestique, mais d'un traitement soumis au RGPD avec toutes les conséquences qui en découlent. Seconde situation dans laquelle le RGPD s'applique : les données, bien que collectées par un individu dans un cercle privé, sont diffusées par celui-ci à un nombre indéfini de personnes, par exemple sur les réseaux sociaux. Dans les deux exemples susvisés, bien que les traitements soient réalisés par des particuliers, ils sont soumis au RGPD.

Mais si vous diffusez les données personnelles d'un tiers sur un réseau social sur un compte privé, le traitement, soumis au RGPD, est-il licite ?

Se pose la question de la base légale du traitement. Et la seule qui semble pouvoir s'appliquer dans cette situation est celle du consentement de la personne concernée, contrairement au journaliste, qui dans le cadre d'un article dans lequel il mentionnerait des données relatives à un tiers, pourrait, lui, se prévaloir d'un intérêt légitime.

Cette exigence du consentement comme base légale peut s'avérer problématique. Prenons l'exemple du selfie réalisé par un particulier avec une personnalité publique croisée dans la rue et mis

en ligne dans les minutes qui suivent. On pourrait considérer que la personnalité a donné son consentement pour le selfie puisqu'elle se met devant la caméra ou le smartphone pour la captation de son image. Mais a-t-elle donné son consentement pour la diffusion de son image sachant que le RGPD impose que le consentement soit libre, éclairé, spécifique et univoque et donc non-implicite ?

Le RGPD avait pour objectif d'harmoniser la protection des données personnelles dans l'UE. Mais par exemple sur la conciliation de ce droit avec la liberté d'expression, le législateur européen s'est déchargé du problème sur les Etats membres prévoyant qu'ils peuvent adopter des dérogations et des exemptions à l'application du RGPD. En France, l'article 80 de la loi de 1978 modifiée prévoit l'application de dérogations à certains articles de la LIL aux traitements mis en œuvre aux fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire et d'exercice à titre professionnel, de l'activité de journaliste.

L'exception relative à l'exercice de la liberté d'expression retenue par le législateur français limite ainsi les dérogations à la seule pratique du journalisme exercée à titre professionnel. Qu'entend-on par « traitement réalisé à des fins journalistiques » ? Est-ce réservé à la presse ? Quand peut-on considérer qu'une publication en ligne entre dans le champ de l'exception de journalisme ?

La loi Informatique et libertés ne définit pas le traitement réalisé aux fins d'exercice professionnel de l'activité de journaliste. On pourrait considérer, en application de l'article L.711-3 du code du travail, qu'il s'agit du traitement effectué par une personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de la profession de journaliste dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques ou agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources. Ainsi le traitement réalisé par un particulier, qui n'est pas journaliste professionnel, n'entre pas dans le cadre du régime dérogatoire prévu par l'article 80 de la loi Informatique et libertés. Il ne peut donc pas se prévaloir des exceptions telles que celles liées aux traitements des données sensibles ou des condamnations.

La personne qui conteste la publication d'un contenu la concernant peut se fonder sur une infraction de presse. Avec le RGPD, c'est donc un nouveau fondement que peut invoquer une personne opposée à la publication de données la concernant.

Jusqu'à présent, pour contester la licéité d'un contenu, la personne pouvait invoquer l'injure, la diffamation ou encore l'atteinte à sa vie privée. Désormais avec le RGPD, elle pourra invoquer à l'encontre du journaliste le principe de minimisation. On a vu ce cas de figure notamment en Espagne, dans une affaire qui concernait un site d'information qui avait publié un article sur le caractère viral d'une vidéo diffusée sur le compte Twitter d'un tiers. L'article en question avait publié le nom de la personne concernée et une capture d'écran de la vidéo ainsi qu'un lien vers cette dernière, sans l'autorisation de la personne figurant sur cette vidéo alors qu'elle était identifiable par sa voix et son image. Cette dernière a porté plainte auprès de l'autorité de contrôle espagnole qui a considéré que, bien que le site soit une publication de presse, il restait soumis au RGPD. En publiant le nom de la personne, sa photographie sans la flouter et en diffusant sa voix sans la maquiller, le site n'a pas respecté le principe de minimisation des données car il aurait pu publier cet article sans avoir à communiquer autant de données personnelles. L'autorité espagnole va plus loin en disant que la circonstance selon laquelle le site n'était pas à l'origine de la diffusion de la vidéo est indifférente et celle selon laquelle la personne concernée serait peut-être à l'origine initialement de la publication de la vidéo avant qu'elle soit diffusée sur le compte Twitter est également indifférente. La personne a la maîtrise de ses données et, elle seule, est en mesure de décider des conditions dans lesquelles ses données peuvent être utilisées.

Est-ce que ça ne limite pas la liberté d'expression ?

Je ne pense pas que le RGPD la limite. On pourrait même considérer que le principe de minimisation, en ce qu'il améliore la qualité de l'information, renforce le droit à l'information.

Le droit à l'oubli ou droit à l'effacement, qui a fait l'objet de plusieurs arrêts importants se pose de manière particulièrement sensible pour la presse. Ce droit ne fait pas partie des exceptions prévues par la loi. Quelle est la position de la CJUE en la matière ?

Le législateur français a, s'agissant des traitements journalistiques, écarté au bénéfice des personnes concernées plusieurs droits (droits d'accès, de rectification, et le droit à la limitation des traitements), mais il n'a pas touché au droit à l'effacement (ou droit à l'oubli) ni au droit d'opposition. N'importe quelle personne peut donc exercer ces droits à l'égard de n'importe quel média. Il appartient donc au juge de concilier le droit à la protection des données et la liberté d'expression. Le droit

à l'oubli, pour répondre à votre question, a d'abord été appliqué aux moteurs de recherche, sans que cela ait un impact sur le contenu de la publication initiale. Aujourd'hui, ça va beaucoup plus loin puisque

la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) reconnaissent la possibilité à la personne concernée d'exercer son droit à l'effacement directement à l'encontre de l'éditeur du contenu litigieux. À titre d'exemple, la CJUE a demandé à l'éditeur d'un contenu litigieux d'introduire une métabalise « no-index » dans l'entête du contenu HTML de la page afin d'empêcher les moteurs de recherche d'indexer cette page de sorte qu'elle n'apparaisse pas dans les résultats de recherche. La CEDH a, quant à elle, demandé à l'éditeur que l'article litigieux en version numérique soit anonymisé et ce, pour préserver la vie privée du requérant.

Comment une publication de presse ou un site d'informations peut-il avoir une politique conforme au RGPD en la matière ?

Les médias ne savent pas toujours que le RGPD s'applique à eux. Le grand public non plus d'ailleurs. Et, à ma connaissance, la Cnil n'a pas rendu de décision ni publié d'articles sur cette problématique visant à concilier le droit à la protection des données personnelles et la liberté d'expression. Le journaliste doit avoir en tête que, si certains principes ne lui sont pas applicables (exemple : le principe de limitation de la durée de conservation des données), d'autres le sont, comme le principe de minimisation.

Le RGPD s'applique-t-il aussi aux personnes interviewées ?

Très bonne question. En effet, le RGPD va concerner le traitement réalisé par le journaliste mais aussi celui réalisé par la personne interviewée qui peut être amenée à évoquer un tiers et des données le concernant, simplement en racontant une histoire, une anecdote ou une affaire déterminée. Dans ce cas, le règlement s'applique. En Italie, une députée avait commis des infractions au code de la route et avait fait l'objet de plusieurs

contraventions. Elle avait souhaité avoir des informations sur le dispositif de contrôle mis en place par la commune et avait demandé au maire de bien vouloir l'accompagner au bureau du service de police. Sur place, l'agent avait répondu aux questions de la députée devant le maire qui ainsi avait été informé de tous détails. La députée a, par la suite, rendu publique cette affaire. Dans le cadre d'une interview, le maire a été interrogé sur cette affaire et a communiqué les informations dont il avait connaissance. La députée n'a pas apprécié la divulgation de ces informations par le maire et a déposé une plainte auprès de l'autorité de contrôle. Celle-ci a considéré le traitement comme illicite pour défaut de base légale, car le maire n'avait pas eu le consentement de la députée pour divulguer de telles informations ; le maire n'étant pas journaliste, il ne pouvait pas invoquer son intérêt légitime. L'autorité de contrôle a estimé comme indifférent le fait que l'information ait été rendue publique par la députée, avant que le maire ne communique dessus. Pourquoi ? Car la personne concernée a seule le pouvoir de décision sur le traitement de ses données personnelles !

« Le RGPD concerne le traitement réalisé par le journaliste mais aussi celui réalisé par la personne interviewée qui peut être amenée à évoquer un tiers et des données le concernant. »

Et la responsabilité du directeur de la publication ?

C'est un autre sujet. Dans l'affaire susvisée, la plainte n'avait pas été déposée contre le média mais contre l'interviewé. Ce cas de figure n'est pas isolé. Récemment, un directeur sportif a été interviewé et a expliqué la méforme de son coureur emblématique en faisant état de son mode de vie. Il a évoqué ses habitudes en dehors de l'entraînement, le rôle joué par sa femme, etc. Le fait de se répandre ainsi dans les médias, pourrait être problématique par rapport au RGPD, et à l'exigence de consentement. Le règlement européen s'applique dans beaucoup plus de situations qu'on pourrait imaginer.

Quid de la publication sur les réseaux sociaux ?

Il n'y a pas, à ma connaissance, de décision de la Cnil concernant la publication sur les réseaux sociaux par des particuliers de contenus illicites au regard du RGPD. On a eu le cas, en revanche, à l'étranger. Je pense notamment à cet individu qui s'est fait sanctionner par l'autorité de contrôle espagnole. L'histoire est la suivante : alors qu'il était dans son véhicule, son attention a été attirée par une jeune fille qui titubait sur le trottoir. Il trouvait la scène drôle, alors il l'a filmée et a diffusé la vidéo sur les réseaux sociaux. La vidéo est devenue virale. La fille s'en est rendue compte et a déposé plainte auprès de l'autorité de contrôle espagnole. Le particulier, qui a filmé et diffusé la vidéo, a invoqué le traitement domestique. Mais il n'a pas été suivi par l'autorité de contrôle qui a estimé qu'il avait dépassé la sphère privée. D'abord, il a collecté l'image d'une fille qui se trouvait sur la voie publique mais en plus il a diffusé la vidéo à un nombre indéfini de personnes. La fille n'ayant pas donné son consentement, les traitements étaient dépourvus de base légale et l'individu a été sanctionné.

La plupart des réseaux sociaux sont américains. Or, l'administration Trump a demandé à trois membres de la Privacy and Civil Liberties Oversight Board de choisir entre démissionner ou être démis de leur fonction. Est-ce que cette décision qui empêcherait cet organisme de fonctionner impacterait le Data Privacy Framework ? Quelles conséquences pour nous Européens ?

Ce comité de surveillance de la vie privée et des libertés civiles est indépendant et il est chargé de superviser la communauté du renseignement américain. Son rôle de surveillance a été un élément important des négociations du Data Privacy Framework, aidant les Etats-Unis à démontrer leur capacité à fournir un niveau de protection des données essentiellement équivalent à celui des données transférées depuis l'UE. On ne sait pas si Donald Trump va pourvoir à des remplacements. Cela pose un problème de quorum et de fonctionnement de ce comité qui est composé de quatre membres. Les trois sommés de démissionner sont démocrates et le seul membre restant est républicain. Si cette démarche

ne remet pas en question le DPF, il y a un risque de remise en cause probable du cadre juridique du DPF par la CJUE ou la Commission qui pourraient l'invalidier. Dans ce cas, on se retrouverait dans la situation antérieure au DPF avec la nécessité de signer des clauses contractuelles types complétées de mesures techniques et organisationnelles visant à sécuriser les transferts de données vers les Etats-Unis.

Propos recueillis par
Sylvie ROZENFELD